Die Abänderung des Rechts über das Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe

durch das Notgesetz vom 24. Februar 1923
und die seitdem weiterhin ergangenen Normen
unter besonderer Berücksichtigung der bayerischen Verhältnisse

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen
Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

Vorgelegt von

Anton Schreiber

aus Holzheim

Approbiert am 6. Juni 1929

29:337

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533903_0041

Die Abänderung des Rechts über das Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe

Die Abänderung des Rechts über das Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe

durch das Notgesetz vom 24. Februar 1923 und die seitdem weiterhin ergangenen Normen unter besonderer Berücksichtigung der bayerischen Verhältnisse

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

Vorgelegt von

Anton Schreiber

aus Holzheim

Approbiert am 6. Juni 1929

Referent:
Univ. Professor Dr. Wenzel.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Missionsdruckerei St. Ottilien, Oberbayern.

Meinen lieben Eltern zugeeignet.

Literatur-Verzeichnis.

R. v. Landmann Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. München 1925/28.

Ernst Friedrichs Volkswirtschaftliche Zeitfragen. Herausgegeben von der volkswirtschaftlichen Gesellschaft in Berlin. Jahrg. 35 Heft 3.

Reger Stöhsel Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 7. Auflage. Ansbach 1927.

Reichstagsverhandlungen.

Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung.

Bayerische Ministerialamtsblätter.

Bayerische Gemeindeordnung von 1869 und 1927.

Reger-Dyroff Bayer. Verwaltungsgerichtshof von 1878.

Bayerische Verwaltungsblätter.

Entwurf eines Schankstättengesetzes von 1923 und 1928. Ueber die Materialien s. R. T. V. 1920/23 Drucks. Nr. 5535 (E.) Nr. 5567 (mündlicher Bericht des Ausschusses) St. B. S. 9614 ff. (1. Ber.) S. 9851 (2. Ber.) S. 9874 (3. Ber. o. D.), R. T. V. 1928, IV. Wahlperiode Druks. Nr. 347.

Bayer. Gesetz- und Verordnungsblatt.

Reichsgesetzblatt.

Badische Verwaltungszeitung.

Juristische Wochenschrift.

Deutsches Gewerbearchiv.

Deutsche Juristenzeitung.

Bayerischer Staatsanzeiger.

Preußische Verwaltungsblätter.

Blätter für administrative Praxis.

Goldtammers Archiv.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof: Sammlung von Entscheidungen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht: Sammlung von Entscheidungen.

Bayerisches Oberstes Landsgericht: Sammlung von Entscheidungen.

Reichsgericht in Strafsachen: Sammlung von Entscheidungen.

Reger: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden.

Juristische Rundschau.

Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht.

v. Seydel: Bayerisches Staatsrecht. 2. Auflage.

Laband: Staatsrecht des Deutschen Reichs. 5 Auflage.

Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Auflage.

v. Laun: Das Recht zum Gewerbebetrieb.

Walter Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt.

Georg Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte.

Georg Meyer: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I.

Rehm: Abhandlung über die rechtliche Natur der Gewerbekonzession.

Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Stuttgart 1914.

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1 Einleitung 1

§ 2 Begriff der Gastwirtschaft u. Schankwirtschaft 5

§ 3 Verschärfung des das Gast- u. Schankwirtschaftsrecht regelnden § 33 Reichsgewerbeordnung durch Art. I. § 1 des Notges. vom 24. II. 1923.

a) Bedürfnisnachweis. 7
b) Personal- und Lokalfrage. 10
c) Abs. 4 und 5 des § 33 Gew. O. 14
d) Vereine und geschlossene Gesellschaften. 15

§ 4 Besonderheiten im Wirtschaftsgewerbe.

a) hinsichtlich der Bedürfnisfrage. 21
b) Befreiung v. d. gewerbepolizeilichen Erlaubnis überhaupt.
1. nach bayerischem Landesrecht. 24
2. nach Reichsrecht.
aa) Bahnhofswirtschaften. 25
bb) Kantinen, Kameradschaftsheime und Offiziersheime im Bereiche der Wehrmacht und Polizei. 27

§ 5 Polizeistunde.

a) in Gast- und Schankwirtschaften. 28
b) in Vereins- und geschlossenen Gesellschaftslokalen. 33

§ 6 Polizeiliche Befugnisse bei gesetzwidriger Ausübung des Gast- u. Schankwirtschftsbetriebs

a) mittelbarer und unmittelbarer Zwang. 37
b) Vorläufige Schließung. 39
c) Zurücknahme der Erlaubnis. 44

§ 7 Strafrechtliche Bestimmungen. 51

§ 8 Bestimmungen zum Schutze gewisser Kategorien von Personen beim Besuch von Gast- und Schankstätten. 53

§ 9 Schluß. 55

Einleitung.

§ 1.

Gewerbefreiheit und gesetzliche Beschränkung einzelner Gewerbe.

Gleich im Eingang der Gewerbeordnung (§ 1 Abs. 1) findet sich der fundamentale Satz: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet.“ [1] Diesen die volle Gewerbefreiheit verkündenden Worten ist jedoch in dem unmittelbar nachfolgenden Halbsatz des § 1 Abs. 1 Gewerbeordnung (= Gew.-O.) eine erhebliche Schranke insofern gezogen, als es dort weiter heißt, „soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.“ [2] Soweit hienach Gewerbefreiheit besteht, bedeutet die Ausübung derselben die Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit. Für jenen Kreis von Gewerben aber, für den die uneingeschränkte Freiheit aufgehoben ist, wird diese Betätigungsfreiheit erst durch die behördliche Erlaubnis wiederhergestellt. Auf die Vornahme dieser Betätigung besteht aber ein subjektives Recht nicht. Unter den oben erwähnten Kreis von Gewerben, deren Ausübung von der vorherigen Erteilung einer Erlaubnis abhängig ist (Konzessionssystem) und die damit zwischen den beiden Extremen der völligen Gewerbefreiheit einerseits und der sog. Zunftverfassung anderseits eine Mittelstellung einnehmen, fällt auch der Betrieb einer Gast- und Schankwirtschaft. Schon vor der einheitlichen Kodifikation des Gewerberechtes in der Reichsgewerbeordnung vom 21. VII. 1869 wurden die zuletzt bezeichneten Gewerbe auf Grund einer Konzession ausgeübt, die entweder an die Person des Ausübers geknüpft oder auch, namentlich in den süddeutschen Staaten, erblich war oder auf einer auf einem Grundstück haftenden Realgewerbeberechtigung

---

[1] Mit diesem Grundsatz, durch dessen Anerkennung die Reichsgewerbeordnung in der Reihe der modernen Gewerberechte Platz gefunden hat, ist die prinzipielle Aufhebung aller Beschränkungen der Zulassung zum Gewerbebetrieb ausgesprochen.

[2] Die Gew.-O. selbst soll also Beschränkungen des in Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes vorschreiben oder gestatten können.

ruhte. Durch die Gew.-O. vom 21. VII. 1869 wurde sodann in ihrem § 33 bestimmt, daß zum Betriebe einer Gast- und Schankwirtschaft obrigkeitliche Erlaubnis notwendig sei, die versagt werden dürfe, wenn gegen den Nachsuchenden Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß er das Gewerbe zur Förderung der Völlerei, des verbotenen Spiels, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit mißbrauchen werde, oder wenn die zum Betriebe der Gast- und Schankwirtschaft bestimmten Räume nach Beschaffenheit und Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügen.

Die Novelle zur Gew.-O. vom 23. VII. 1879 ermächtigte dann weiterhin die Landesregierungen, die Erlaubnis zum Betriebe der Gastwirtschaft und zum Ausschank geistiger Getränke von dem Nachweis eines Bedürfnisses abhängig zu machen und zwar in Ortschaften bis zu 15 000 Einwohnern überhaupt, in Ortschaften mit größerer Einwohnerzahl, soweit ein Ortsstatut dies bestimmte.

Trotz dieser Ausnahmestellung in rechtlicher Beziehung hat sich das Gastwirtsgewerbe bis in die achziger Jahre des vorigen Jahrhunderts nicht ungünstig entwickelt.[3] Es nährte redlich seinen Mann und gab seinen Ausübern Gelegenheit, in fleißiger Arbeit es im Laufe der Jahre zu einem gewissen Wohlstand zu bringen. Das ist jedoch inzwischen anders geworden. Die Verhältnisse haben sich nämlich in der letzten Zeit sehr ungünstig entwickelt, insbesondere in den Kriegs- und Nachkriegsjahren mit ihren Folgeerscheinungen, der allgemeinen großen Arbeitslosigkeit und der unglückseligen Inflationswirkungen, wodurch gar viele tüchtige Gastwirte aus finanzieller Not, in die sie bei der allgemeinen Geschäftsflauheit unverschuldet geraten waren, ihren Betrieb einzustellen gezwungen wurden.

Aber auch der Gesetzgeber selbst, der sich auf dem Gebiete des Gewerberechtes in den letzten Jahren wohl mit keiner Frage so vielfach und eingehend beschäftigt hat als mit der Neureglementierung des Schankwesens, hat in steigendem Maße immer höhere Anforderungen an die Inhaber des Gast- und Schankwirtschaftsgewerbes gestellt und sowohl die Zulassung zu den genannten Gewerbebetrieben als auch die Ausübung derselben nicht unwesentlich erschwert.

Bereits in der Zeit vor dem Kriege waren die in Frage stehenden Erwerbszweige in Theorie und Praxis Gegenstand der lebhaftesten

---

[3] Ernst Friedrichs: Die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Gastwirtsgewerbes in „Volkswirtschaftliche Zeitfragen" (Vorträge und Abhandlungen), herausgegeben von der volkswirtschaftlichen Gesellschaft in Berlin. Jahrg. 35 Nr. 275 Heft 3.

Erörterung. Naturgemäß waren es hauptsächlich die in den gesetzgebenden Körperschaften vertretenen Berufs- und Wirtschaftsgruppen mit ihren verschiedenen ethischen, sozial- und wirtschaftspolitischen Tendenzen und Weltanschauungen, die durch eine Neuregelung der Gewerbe-Gesetzgebung die von ihnen vertretenen Theorien in die Praxis umzusetzen suchten. Schon seit 1910 etwa bestand die Absicht den § 33 Gew.-O. im Sinn einer weit erheblicheren Verschärfung der Zulassungsbedingungen wie bisher neu zu gestalten. Diese Bemühungen, der Ausübung des Gastwirtsgewerbes eine neue gesetzliche Grundlage zu geben, wurden besonders durch die Anti-Alkoholvereinigungen gefördert.

Nachdem im Reichstag wiederholt Verschärfungen der auf die Gast- und Schankwirtschaft bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen angeregt worden war (s. z. B. Bericht der Petit.Komm. R.T. Drucks. Nr. 735 und 875 von 1911 und Reichstagsbeschluß vom 3. V. 1911, ferner Bericht der Petit. Komm. R.T. Drucks. Nr. 818 von 1912), wurden in der Session von 1912/14 in Art. 1 des Gesetzentwurfes R. T. Drucks. Nr. 1431 eine erheblich veränderte und erweiterte Fassung des § 33 Gew.-O. und neue Vorschriften für widerrufliche Konzessionen und zeitlich beschränkte Konzessionen an juristische Personen beantragt. Dieser Entwurf blieb jedoch infolge Schließung des Reichstages unerledigt.[4]

Den Wünschen der Anhänger, die auf eine Verschärfung der bisherigen das Gast- und Schankwirtschaftsrecht regelnden gesetzlichen Bestimmungen abzielten, kam die außerordentliche politische und wirtschaftliche Notlage, in die Deutschland durch den widerrechtlichen Einbruch in das Ruhrgebiet versetzt worden war, sehr zu statten; denn dieser allgemeine Notstand war es neben dem wachsenden Einfluß der Freunde der Mäßigkeitsbestrebungen, sowie dem Ueberhandnehmen von Mißständen im Schankwirtschaftswesen nach dem Kriege (Dielenunwesen usw.), der 1923 zur Aufstellung des sehr einschneidende Aenderungen vorsehenden Entwurfs eines Schankstättengesetzes Anlaß gab. Während er noch dem Reichsrat und dem Reichswirtschaftsrat vorlag, erging sodann angesichts der allgemeinen Notlage das sog. Notgesetz vom 24. II. 1923,[5] das sofort mit dem Tage seiner Verkündung am 27. II. 1923 in Kraft trat und seinem Inhalt nach die wesentlichsten Bestimmungen des erwähnten Schankstättengesetzentwurfs vorwegnahm. Letzterer

---

[4] Landmann: Gew.-O. 8. Auflage. Bd. I, 1. Vorbemerkung zu § 33.

[5] Ueber die Materialien s. R. T. V. 1920/23 Drucks. Nr. 5535 (E.) Nr. 5567 (mündlicher Bericht des Ausschusses) St. B. S. 9614 ff. (1. Ber.) S. 9851 (2. Ber.) S. 9874 (3. Ber. o. D.).

wurde als Drucksache Nr. 5910 (R.T.V. 1920/23) am 6. VI. 1923 unter Beibehaltung der vom Notgesetz vorweggenommenen Bestimmungen beim Reichstag eingebracht, von ihm aber nicht verabschiedet. Die Bezeichnung „Notgesetz" wurde von der Regierung selbst gewählt, nachdem im Ausschuß bereits Streit darüber bestanden hatte, was unter dem Ausdruck Notgesetz verstanden werden sollte. Von dem sieben Artikel umfassenden Notgesetz interessiert hier nur deren weitaus wichtigster, nämlich Art. I, der sich in seinen einzelnen Unterabteilungen (§§ 1—5) mit den Bestimmungen der Gew.-O. über die Wirtschaftserlaubnis, den landesrechtlichen Bestimmungen über die Polizeistunde und den Vorschriften über den Jugendschutz befaßt.

Die vorliegende Arbeit hat es sich zur Aufgabe gemacht, die Abänderung des Gast- und Schankwirtschaftsrechts nach dem z. Zt. geltenden Notgesetz vom 24. II. 23 sowie den seitdem weiterhin ergangenen hier einschlägigen gesetzlichen und ministeriellen Normen einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen; denn es scheint uns, als ob es sich wohl lohnen würde, die schon bisher sehr zerstreut und ohne Zusammenhang vorliegenden Gesetzesmaterialien in einer systematischen Darstellung näher zu erörtern und zu zeigen, daß die Neugestaltung insbesondere durch den einen Artikel des Notgesetzes von weitgehenderer Bedeutung ist, als auf den ersten Blick vielleicht scheinen mag. Dabei dürfte es wohl von Interesse sein, auf einzelne Streitfragen, die mit der Einführung des Notgesetzes hauptsächlich wach gerufen wurden und bereits die zuständigen Behörden beschäftigt haben, näher einzugehen. Der Verfasser hat es sich dabei insbesondere auch zur Aufgabe gemacht die bayerischen Verhältnisse näher zu berücksichtigen und daher die in Frage kommenden bayerischen Ausführungsvorschriften herangezogen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist es natürlich nicht möglich eine das Gast- und Schankwirtschaftswesen umfassende Gesamtdarstellung mit seinen sehr umfangreichen Rechtsprechungsmaterialien zu geben, sondern es soll, wie sich schon aus dem Thema der Arbeit ergibt, der bisherige Rechtszustand nur insoweit berücksichtigt werden, als es zum richtigen Verständnis und näheren Würdigung der gegenwärtigen Rechtslage erforderlich ist.

§ 2.

Begriff der Gastwirtschaft und Schankwirtschaft.

Die öffentlich rechtlichen Verhältnisse der Gast- und Schankwirtschaften waren bis zum Erlaß des Notgesetzes in ihren wichtigsten Punkten in § 33 der Gew.-O. damaliger Fassung geregelt. Schon rein äußerlich ergibt ein Vergleich dieses § 33 in seiner früheren Fassung mit der ihm durch das Notgesetz gegebenen Neuformulierung, daß hier nicht das alte Gebäude ganz niedergerissen und vollkommen neu errichtet wurde, sondern nur einzelne, wenn auch ziemlich erhebliche Gebäudeteiele an Stelle der alten neu aufgeführt wurden. Das Notgesetz ist nämlich nur an Stelle der Abs. 1—3 sowie Abs. 6 des § 33 alter Fassung (=a. F.) getreten, während die Abs. 4 und 5 in keiner Weise berührt wurden. Selbst Abs. 1 des § 33 a. F. ist materiell vollkommen unberührt geblieben und ist nur formell als Abs. 1 des Art. I § 1 in das Notgesetz übernommen worden. Insbesondere hat auch das Notgesetz keine näheren Bestimmungen über die Begriffe „Gastwirtschaft" und „Schankwirtschaft" getroffen, sondern als bereits feststehend aus § 33 Gew.-O. a. F. übernommen. Doch auch letztere Bestimmung sagt uns nichts darüber, was sie unter den beiden genannten Gewerbebetrieben verstanden wissen will. Wir haben es daher, wie des öfteren in gesetzlichen Vorschriften, mit sog. unbestimmten Gesetzesbegriffen zu tun, deren Kenntnis der Gesetzgeber entweder nach dem Sprachgebrauch als allgemein bekannt voraussetzt, oder aber deren Festlegung er der Wissenschaft und Rechtsprechung vorbehalten wissen will. Ihre Merkmale stehen denn auch in der Anwendung durch die Verwaltungsbehörden und Gerichte im wesentlichen fest.

Hienach ist unter einer Gastwirtschaft ein Lokal zu verstehen, das jedermann oder doch den Angehörigen bestimmter Gesellschaftsklassen offen steht und in dem die Besucher gewerbsmäßig mit oder ohne Verpflegung beherbergt werden.[6] Gastwirtschaft liegt aber nur dann vor, wenn die gewerbsmäßige Beherbergung auf kürzere Zeit geschehen soll, also nicht bei Beherbergung auf längere Zeit, wie dies bei Fremdenpensionen und auch bei Schlafstellen der Fall ist. Naturgemäß hängt es hier immer von den Umständen des einzelnen Falles ab, insbesondere ob Pensionen und ähnliche Betriebe als Gastwirtschaften zu behandeln sind oder nicht.[7] Sicher ist, daß die

[6] Reger Bd. 26 S. 17 und Bd. 35 S. 13. [7] Im einzelnen s. die bei Reger Stöhsel Gew.-O. in Anm. 1 zu § 33 zitierte Rechtsprechung.

Aufnahme von Personen in eine Erziehungsanstalt oder Krankenhaus keinen erlaubnispflichtigen Gastwirtschaftsbetrieb darstellt, da hier die Beherbergung neben dem Hauptzweck der Erziehung bezw. Heilung von nur untergeordneter Bedeutung ist. Im übrigen handelt es sich in den letztgenannten Fällen ja ohnehin zwecks Erreichung eines bestimmten Erfolges von vorneherein um eine längere Aufenthaltnahme.

Allgemein anerkannt ist, daß die Erlaubnis zum Betriebe einer Gastwirtschaft außer der Beherbergung auch den Ausschank von Getränken jeder Art umfaßt, ausgenommen den Kleinhandel von Branntwein.[8] Die Konzession kann jedoch auch auf den Ausschank bestimmter Getränke, ja sogar auf die Beherbergung allein beschränkt werden. Letztere kann dagegen niemals ausgeschlossen werden, da sie immer das Wesentliche für den Begriff der Gastwirtschaft bildet. Der heutigen Gastwirtschaftsbefugnis entspricht auch die Tafernwirtschaftsbefugnis des alten bayerischen Rechts. Es ist dies nämlich die volle Wirtschaftsgerechtsame.

Schankwirtschaft dagegen liegt vor, wenn in einem Raume Getränke zum Genuß an Ort und Stelle gewerbsmäßig verabreicht werden, einerlei, welcher Art das Getränke ist. Den Streit, ob nur der Ausschank geistiger oder auch nichtgeistiger Getränke der Erlaubnis bedarf, hat die herrschend[9] gewordene Auffassung dahin entschieden, daß sie zwischen geistigen und alkoholfreien Getränken überhaupt nicht unterscheidet. Es ist dieser von der Praxis eingenommene Standpunkt sehr wohl begründet, da auch beim alkoholfreien Schankbetrieb jedenfalls in sittenpolizeilicher Hinsicht Gefahren bestehen, deren Prüfung im Erlaubnisverfahren der Gewerbepolizeibehörde obliegt. Ob der Ausschank als Haupt- oder Nebengewerbe betrieben wird, ist dabei gleichgültig, so daß z. B. auch der Erfrischungsraum eines Warenhauses der Erlaubnis bedarf.[10] Es ist dabei nicht einmal erforderlich, daß die Getränke an jeden, der sie verlangt, abgegeben werden, es kann vielmehr der Ausschank auch auf bestimmte Personenkreise beschränkt werden. Zu beachten ist, daß der Groß- und Kleinhandel mit Getränken, der sog. Verkauf über die Straße (Gassenschank, sowie Flaschenbierhandel[11]) er-

[8] Für Bayern s. die Min. Bek. v. 30. XII. 1909 (Min. Bl. 1910 S. 1) § 3 Abs. 3.

[9] Reger Bd. 9 S. 199, Bd. 28 S. 13, Erg. Bd. 3 S. 515, Erg. Bd. 4 S. 17.

[10] Reger Bd. 28 S. 178, Bd. 34 S. 81.

[11] Bezüglich des Kleinhandels mit Bier und Wein sucht der neue Entwurf eines Schankstättengesetzes v. 13. VII. 1928 nunmehr in seinem § 26 die Landesregierungen zu ermächtigen, die für den Betrieb einer Gastwirtschaft geltenden Voraussetzungen auch auf diese Erwerbsbetriebe zu erstrecken.

laubnisfrei ist, ausgenommen nur der erlaubnispflichtige Kleinhandel[12] mit Branntwein. Im scharfen Gegensatz zur Gastwirtschaftserlaubnis sind bei der Schankerlaubnis die zum Ausschank zu bringenden Getränke einzeln zu benennen[13] und zu genehmigen und zwar auch dann, wenn um Gesamtschankerlaubnis nachgesucht wird. Als der umfassendere Begriff schließt jedoch die Befugnis zur Gastwirtschaft auch die zur Schankwirtschaft in sich.[14] Dies ist z. B. für Bayern in der generalisierten Min. Ent. v. 10. II. 1875 Nr. 558 und für die Zeit seit 1910 in § 3 Abs. 3 der Min. Bek. v. 30. XII. 1909 zur Beseitigung jeglichen Zweifels noch ausdrücklich ausgesprochen worden.[15]

§ 3.
Verschärfung des das Gast- und Schankwirtschaftsrecht regelnden § 33 Reichs-Gewerbeordnung durch Art. I § 1 des Notgesetzes vom 24. II. 1923.

Wenn auch, wie schon erwähnt, der die Erlaubnispflicht für Gast- und Schankwirtschaftsbetriebe sanktionierende Abs. 1 des § 33 Gew.-O. durch das Notgesetz weder in formeller noch in materieller Beziehung geändert wurde, so sind nach beiden Richtungen umso tiefgreifender die Aenderungen, welche seine Abs. 2, 3 und 6 erfahren haben, wie nachstehend zu zeigen sein wird.

a) Bedürfnisnachweis.

Der neue Abs. 2 des § 33 Gew.-O., der vom Bedürfnisnachweis handelt, hat erhebliche Verschärfungen gegenüber den früheren Bestimmungen gebracht. In der alten Fassung behielt nämlich Abs. 3 des § 33 Gew.-O. den Landesregierungen vor

a) wie Erlaubnis zum Ausschenken von Branntwein oder zum Kleinhandel mit Spiritus allgemein

---

[12] Ueber den Begriff s. bayer. V. O. v. 29. III. 1892 (G. V. Bl. S. 61) in der Fassung v. 23. II. 1926 (G. V. Bl. 225) § 12 Abs. 3.

[13] Bayer. V. G. H. Bd. 33 S. 150.

[14] Ueber die Begriffsbestimmung der beiden Gewerbebetriebe s. insbes. auch Amtmann Dr. Schmid in Bayer. Gemeinde- und Verwaltg.-Ztg. 1921.

[15] Ebenso in den meisten anderen Ländern, so z. B. für Württemberg in § 8 der Min. Verf. v. 9. XI. 1883 (G. V. Bl. S. 537), für Sachsen in der Min. V. v. 6. XII. 1869 (S. V. Bl. 1870 S. 10).

b) die Erlaubnis zum Ausschänken von Wein, Bier oder anderen nicht unter a) fallenden geistigen Getränken in Ortschaften mit weniger als 15 000 Einwohnern, sowie in solchen mit einer größeren Einwohnerzahl, für welche dies durch Ortsstatut festgesetzt wurde, an den Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses zu knüpfen. Demgegenüber hat die Neufassung an Stelle der zuvor ziemlich komplizierten Regelung die Erlaubnis für alle unter § 33 Gew.-O. fallenden Gewerbe (Gast- und Schankwirtschaft, sowie Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus) vom Bedürfnisnachweis abhängig gemacht. Es muß somit jetzt bei allen Anträgen die Bedürfnisfrage geprüft werden. Unter welchen Voraussetzungen ein Bedürfnis als nachgewiesen anzusehen ist, darüber enthält auch die Neufassung keine nähere Bestimmung, ebensowenig ist hierüber aus den Verhandlungen beim Zustandekommen des Gesetzes Näheres zu entnehmen. Nur die Begründung zum Entwurf eines Schankstättengesetzes von 1923 bemerkt (s. S. 9 desselben), daß die Erlaubnis nur erteilt werden dürfe, wenn ein Bedürfnis vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses aus anzuerkennen sei; es werde sich daher regelmäßig um ein Bedürfnis weiterer Kreise der Allgemeinheit handeln müssen. In einzelnen Fällen sei jedoch ein öffentliches Interesse auch bei kleineren Interessentenkreisen z. B. Kantinen in Hochschulen, anzuerkennen. Die Prüfung des Bedürfnisses habe insbesondere auch beim Besitzwechsel von bereits bestehenden[16] Wirtschaften stattzufinden und zwar im eigenen Interesse des Wirtestandes zwecks Befreiung desselben von ungeeigneten Elementen. Die Feststellung, daß in den fraglichen Lokalen seither ein Wirtschaftsbetrieb geführt wurde, könne zur Bejahung der Bedürfnisfrage keineswegs genügen.

Nachdem an den bisher von den Ländern in dieser Hinsicht erlassenen Bestimmungen reichsrechtlich nichts geändert wurde, so haben dieselben auch weiterhin ihre Geltung und es steht den Landesregierungen auch unter der Geltung des Notgesetzes frei, bezüglich der Voraussetzungen des „Bedürfnisses" Vorschriften oder Direktiven zu geben. Bestehen solche nicht und werden solche auch nicht erlassen, so ist das reine Ermessen der zuständigen Behörden bei Verbescheidung von Erlaubnisgesuchen maßgebend.[17] Für Bayern gilt daher weiterhin die bayerische Min. Bek. v. 30. XII. 1909 (Min. Bl. 1910 S. 1) das Wirtschaftsgewerbe betreffend, nach deren § 6 die Behörden bei Würdigung der Bedürfnisfrage insbeson-

[16] Für die bayer. Behörden bereits in § 2 Abs. 1 der Min. Bek. v. 30. XII. 1909 statuiert.

[17] Bayer. V. G. H. Bd. 1 S. 140.

dere in Betracht zu ziehen haben: Die Bevölkerungszahl, die Zahl der männlichen Erwachsenen und die Bevölkerungsklassen, die für die Wirtschaft in Frage kommen, Gewohnheiten und Vermögensverhältnisse der Bevölkerung, Entfernung, Zahl, Art und Betriebsführung der nächstgelegenen Wirtschaften, der Fremden- und Ausflugsverkehr, die Lage des Wirtschaftsanwesens, die Betriebsweise der Wirtschaft (Besuchszeiten, Art der auszuschenkenden Getränke, Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers usw.). Nur die preußischen Ministerien des Innern, für Handel und Gewerbe und das für Volkswohlfahrt machten neuerdings nach Inkrafttreten des Notgesetzes in der Verordnung vom 20. VI. 1923 (M. Bl. D. i. V. S. 701) den zuständigen Behörden eine sorgfältige Prüfung der Bedürfnisfrage nachdrücklichst zur ernsten Pflicht. Wie die jüngsten Verhandlungen anläßlich der Beratung über den Entwurf des neuen Schankstättengesetzes vom 13. VII. 1928 gezeigt haben, hat das Reich jedoch die ernste Absicht, nunmehr selbst bezüglich der Bedürfnisfrage die entsprechenden Richtlinien zu geben. Diese Tendenz hat denn auch gleich bei der Fassung des § 1 des erwähnten Gesetzentwurfs, der u. a. ebenfalls die Frage des Bedürfnisnachweises zum Gegenstand hat, eine Unstimmigkeit zwischen Reichsregierung und Reichsrat insofern ergeben, weil einerseits die Regierungsvorlage festsetzt, daß die Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrats die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Bedürfnisses bestimmen und die oberste Landesbehörde nur mehr subsidiär eintreten könne, der Reichsrat aber anderseits allein die oberste Landesbehörde als maßgebende Instanz gelten lassen will.[18] Da alle Landesregierungen von der ihnen in Abs. 3 des § 33 Gew.-O. a. F. erteilten Vollmachten Gebrauch gemacht hatten,[18a] so brachte die allgemeine Einführung des Bedürfnisnachweises durch das Notgesetz eigentlich eine Aenderung nur für den Ausschank anderer als geistiger Getränke (also für Kaffee, Mineralwasser usw.), sowie für den Betrieb der Gastwirtschaften und den Ausschank von Wein, Bier und anderen geistigen Getränken als Branntwein in zahlreichen Städten mit mehr als 15 000 Einwohnern, in welchen der Bedürfnisnachweis bei Inkrafttreten des Notgesetzes durch Ortsstatut noch nicht eingeführt war. Zu bemerken ist hier noch, daß durch die allgemeine gesetzliche Forderung des Bedürfnisnachweises natürlich auch die entsprechenden landesrechtlichen Vollzugsbestimmungen zur Gew.-O. überholt wurden.[19]

[18] s. Reichstag IV. Wahlper. Drucks. Nr. 347.

[18a] s. Landmann Gew.-O. Aufl. Bd. 1, 1 S. 400.

[19] Für Bayern s. § 12 Abs. 2 der V. O. v. 29. III. 1892 (G. V. Bl. S. 61)

Für die Nachprüfung der Frage, ob das Bedürfnis im einzelnen Fall als nachgewiesen zu erachten ist, hat in einem etwaigen Verwaltungsstreitverfahren das Landesrecht Maß zu geben; daher die Verschiedenartigkeit der Auffassungen der obersten Gerichtshöfe. Der bayerische Verwaltungsgerichtshof hat sich z. B. in ständiger Rechtsprechung dahin entschieden, daß es sich bei der in Rede stehenden Frage um eine solche des freien Ermessens handle, und demzufolge seine Zuständigkeit zur Entscheidung stets verneint, sich dagegen zur Prüfung der Frage, ob im einzelnen Fall das Bedürfnis überhaupt zu prüfen ist, als einer Rechtsfrage, für zuständig erklärt.[20] Dieser Verschiedenheit in der Rechtsanschauung will nun ebenfalls der erwähnte neue Schankstättengesetzentwurf zwangsweise ein Ende bereiten, indem er in seinem § 18 Zff. 2 S. 1 Halbs. 2 bestimmt, daß, soweit ein Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, der Nachweis des Bedürfnisses der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen soll.

b) Personal- und Lokalfrage.

Wird die Bedürfnisfrage bejaht, so hat die zuständige Behörde noch drei weitere Voraussetzungen zu prüfen, nämlich die Zuverlässigkeit des Antragstellers, die Anpassung der Räume an die polizeilichen Anforderungen, sowie das Fehlen eines Widerspruchs gegen die erlaubnispflichtige Raumbenützung aus Gründen des Wohnungsmangels.

Wie Abs. 2 des § 33 Gew.-O. neuer Fassung (= n. F.) vom allgemeinen Bedürfnisnachweis, so handelt Abs. 3 in Ergänzung des ersteren von den sonstigen Versagungsgründen. Die Fassung des Abs. 3, die, wie bereits erwähnt, ebenfalls auf dem Notgesetz beruht, hat den alten Abs. 2 weiter ausgebaut. Dabei hat insbesondere die Zff. 1 des Abs. 3, welche von den Anforderungen an die Person des Gesuchstellers handelt, insoweit eine erhebliche Erweiterung erfahren, als bei vorhandener Unzuverlässigkeit des Nachsuchenden ganz allgemein die Erlaubnis von der zuständigen Behörde zu versagen ist. Es hat jedoch auch die Neufassung der Zff. 1 an dem Erfordernis der Erfüllung eines ganz bestimmten Tatbestandes festgehalten. Während aber die alte Fassung der Behörde auferlegte, Tatsachen zu konstatieren, welche den Verdacht künftigen Gewerbsmißbrauchs wenigstens in einer von den vier bestimmten Richtungen,

---

abgeändert durch V. O. v. 29. IX. 1900 (G. V. Bl. S. 1157) und v. 27. III. 1912 (G. V. Bl. S. 141).

[20] s. Reger-Dyroff 4. Auflage S. 224.

nämlich zur Förderung der Völlerei, des verbotenen Spiels, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit begründeten, zieht die Neufassung den Kreis der rechtserheblichen Tatsachen ganz beträchtlich weiter, indem sie die Versagung der Erlaubnis an alle Tatsachen bindet, aus welchen der Nichtbesitz der für den Gewerbebetrieb erforderlichen Zuverlässigkeit überhaupt zu folgern ist. Welche Anforderungen in Bezug auf die Zuverlässigkeit zu stellen sind, ergibt sich aus einer großen Zahl von Beispielfällen in Abs. 3 Zff. 1, bei deren Vorliegen stets Unzuverlässigkeit anzunehmen ist. Aus dieser Verschärfung des § 33 Gew.-O. ist zu folgern, daß der Gesetzgeber alle unlauteren Elemente unbedingt vom Wirtschaftsbetrieb ferngehalten wissen will. Nach der noch geltenden bayerischen Min. Bek. v. 30. XII. 1909 (Min. Bl. 1910 S. 1) sind gemäß deren § 7 bei Prüfung der Zuverlässigkeit insbesondere unter Erholung der Straflisten die Leumundsverhältnisse des Gesuchstellers und sonstiger für die Wirtschaftsführung in Betracht kommender Personen (Ehegatten, Familienangehörigen u. a.) zu würdigen.

Die Neufassung des Abs. 3 Zff. 1 gibt den zuständigen Behörden vor allem größere Freiheit, die auch durch die vielen Beispiele, die der Gesetzgeber lediglich zum besseren Verständnis seines Willens und zur größeren Sicherheit des Vollzugs angefügt hat, nicht beschränkt ist. Wie nämlich aus dem Worte „insbesondere" gefolgert werden muß, so wollte mit den angeführten Beispielen keine erschöpfende Regelung der Unzuverlässigkeitsgründe gegeben werden.[21] So hat denn auch z. B. der bayerische V. G. H. in seiner Entscheidung vom 9. XI. 1923 (Slg. Bd. 45 S. 6) ausgesprochen, daß auch aus dem den Wirt von seinen Berufspflichten abziehenden Nebenberuf unter Umständen der Schluß auf mangelnde Zuverlässigkeit gezogen werden kann. Der gleiche Gerichtshof hat des weiteren in seinem Erkenntnis vom 26. X. 1923[22] Unzuverlässigkeit auch bei Mangel an gesetzlichem Sinn (z. B. Nichtbeachtung polizeilicher Auflagen, Tanzverbote, Polizeistunde) als gegeben angenommen.

Der Ausdruck Tatsachen umfaßt hier sowohl Umstände, die in der Person des Gesuchstellers liegen, als auch äußere Umstände. Jedenfalls ergreift er sowohl Handlungen als auch Unterlassungen des Gesuchstellers. Sogar aus unverschuldeten Tatbeständen z. B. Schwachsinn kann unter Umständen die Unzuverlässigkeit des Nach-

---

[21] s. Bad. Verwalt. Ztg. 1926 S. 41.

[22] s. Reger Bd. 44 S. 615. Weitere Beispiele s. RGStr. Bd. 58 S. 299, Bad. Verw. Ztg. Bd. 58 S. 41, Bayer. Verw. Bl. Bd. 73 S. 55 und Bd. 75 S. 232.

suchenden gefolgert werden.[23] Stets hat jedoch die zuständige Behörde ihre Schlußfolgerungen aus Tatsachen, also tatsächlichen Feststellungen zu ziehen.

Wie bisher, so hat ein Erlaubnisbewerber auch nach der jetzigen Fassung ein im Verwaltungsrechtsverfahren verfolgbares Recht[24] auf Erlaubniserteilung dann, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen ist und keiner der Versagungsgründe des Abs. 3 vorliegt, wie anderseits im Falle des Vorliegens eines gesetzlichen Versagungsgrundes die Erlaubnisbehörde den Bewerber mit zwingender Notwendigkeit abweisen muß. Auch an der im Falle der Versagung der Genehmigung bisher zugelassenen Möglichkeit des Rekurses (§ 40 Gew.-O.) wurde nichts geändert. Erwähnt sei hier, daß nach der ständigen Rechtsprechung des bayer. V. G. H. die Frage der Zuverlässigkeit nicht als Ermessens-, sondern als eine vom V. G. H. zu prüfende Verwaltungsrechtsfrage behandelt wird.[25]

Ganz neu ist in Zff. 1 Abs. 3 a. a. O. auch die Bestimmung, daß die Erlaubnis stets zu versagen ist, wenn der Antragsteller dem Trunke ergeben ist. Bei jedem Erlaubnisgesuch ist daher jetzt eine Ermittelung dahin notwendig, ob der Antragsteller nicht Trinker ist. Erweitert wurde die Zff. 1 ferner durch die Anführung des Gewerbsmißbrauchs:

a) Zur Förderung der Schlemmerei. Diesen Mißbrauch hebt die Begründung des Notgesetzes besonders hervor und es war seine Aufnahme wohl aus dem ärgerniserregenden Verhalten zahlreicher Schieberkreise der damaligen Inflationszeit veranlaßt; denn während bei der Völlerei das Moment der tierischen Unmäßigkeit im Vordergrund steht, ist bei der Schlemmerei an Ueppigkeit und Verschwendung in Speise und Trank gedacht.

b) Zur Förderung unlauterer Handelsgeschäfte; nach dieser Bestimmung, die ebenfalls erhebliche Mißstände, wie sie zur Zeit der Inflationswirtschaft an der Tagesordnung waren, treffen wollte, soll der Inhaber eines Gast- bezw. Schanklokales dasselbe nicht zur Schieberbörse mißbrauchen lassen.

c) Zur Ausbeutung Unerfahrener, Leichtsinniger oder Willensschwacher; es soll hiedurch insbesondere jenen Menschen, die wegen ihres jugendlichen Alters oder wegen Charakterschwäche leicht der Unmäßigkeit und Genußsucht anheimfallen, Schutz geboten werden.

---

[23] Landmann Gew.-O. 8. Auflage. Bd. I, 1 Anm. 12 zu § 53 S. 663.

[24] Dies folgt aus dem Grundsatz der Gewerbefreiheit.

[25] s. bayer. V. G. H. im Kompetenzkonfliktssenat v. 27. X. 1880, Slg. Bd. 2 S. 140, Beil. V des bayer. G. V. Bl. 1880.

d) Zur sittlichen oder gesundheitlichen Schädigung Jugendlicher. Eine Ergänzung und genauere Festlegung dieser den Jugendschutz betreffenden Bestimmung ist des weiteren in dem später noch zu behandelnden § 5 Abs. 1 Zff. 1 und 2 des Notgesetzes getroffen.

e) Zum Vertrieb gesundheitsschädlicher, verfälschter oder verdorbener Nahrungs- und Genußmittel. So wird z. B. ein Antragsteller, der bereits mit dem Nahrungsmittelgesetz oder dem Weingesetz in Konflikt gekommen ist, in der Regel nicht als zuverlässig anerkannt werden können.[26]

Inhaltlich keine Aenderung hat die Zff. 2 des § 33 Abs. 2 Gew.-O. a. F. erfahren, die von den polizeilichen Anforderungen an die Lage und Beschaffenheit des Gast- bezw. Schanklokals (= Lokalfrage) handelt; es wurde vielmehr nur formell an die Stelle des bisherigen Wortes „Lokal" die Bezeichnung „Räumlichkeit" gesetzt. Wie die Begründung zum Notgesetz bemerkt, sollte damit nur der Deutlichkeit halber zum Ausdruck gebracht werden, daß sich die Prüfung, wie dies übrigens in der Praxis bisher schon geschehen ist, auf sämtliche für den Gewerbebetrieb benutzte Räume zu erstrecken habe.[27] Da die an die betreffenden Lokale zu stellenden „polizeilichen Anforderungen" reichsgesetzlich nicht geregelt sind, so ist in dieser Hinsicht auch weiterhin das Landesrecht (insbesondere die Bau-, Feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften) maßgebend. Die Erlaubnisbehörden werden sich dabei weiters an die von den Landesregierungen gegebenen Anweisungen halten. Die Tauglichkeit der Räume ist in jedem einzelnen Fall genau zu prüfen. Davon können auch die landesrechtlichen Vorschriften, die ja in der Regel ohnehin nur den Charakter von Minimalanforderungen haben werden, nicht befreien.

Auch die bisherige Rechtsprechung zu dieser Ziffer muß nach den gegebenen Erörterungen als aufrecht erhalten gelten, insbesondere der auch vom bayer. V. G. H. eingenommene Standpunkt, daß die Nachprüfung der Frage, ob die in dieser Ziffer geforderten Voraussetzungen gegeben sind, als Frage des sog. Verwaltungsermessens seiner Zuständigkeit entzogen ist.

Völlig neu eingefügt ist dagegen wiederum die nach der Rechtsprechung des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes ihrem Gegenstand nach ebenfalls eine Frage des freien Verwaltungsermessens

---

[26] s. Landmann Gew.-O. 8. Auflage S. 407.

[27] Z. B. Gartenwirtschaften, Bierkeller, wie überhaupt Räumlichkeiten im Freien (s. d. Entwurf eines Schankstättenges. v. 1923 S. 10).

bildende Zff. 3 des Abs. 3 von § 33 Gew.-O. n. F.[28] Diese Bestimmung, die ihre Aufnahme der zur Zeit des Erlasses des Notgesetzes herrschenden allgemeinen Wohnungsnot verdankt und nach der Begründung zum Notgesetz der unnötigen Verwendung von Räumen für Gast- und Schankwirtschaftsbetriebe steuern sollte, hat an Bedeutung mit der Zeit wohl wieder etwas verloren und es dürfte ihr jetzt bei der Prüfung von Erlaubnisgesuchen nicht mehr die Bedeutung zukommen, die sie zur Zeit des Erlasses des Gesetzes hatte.

c) Abs. 4 und 5 des § 33 Gew.-O.

Die letzten Reste des § 33 Gew.-O. a. F., die bisherigen Abs. 4 und 5 — Anhörung der Ortspolizei- und Gemeindebehörde vor Erteilung einer Konzession, sowie Ausdehnung der Abs. 1—4 auf Konsumvereine — sind an ihrer bisherigen Stelle im Gesetzestext ohne jede Aenderung beibehalten worden. Nach dem Zusammenhang und der Absicht des Gesetzes hat die Anhörung der Ortspolizei- und Gemeindebehörde[29] nicht nur dann stattzufinden, wenn die Bedürfnisfrage zu Zweifeln Anlaß gibt, sondern auch insoweit es sich um Bedenken gegen die Person des um die Konzession Nachsuchenden oder von Zweifeln über die Angemessenheit des Lokals handelt. Der Abs. 4 des § 33 Gew.-O. enthält jedoch keine Vorschriften darüber, in welcher Weise die Anhörung der Ortspolizeibehörde sich vollziehen soll. Diese Anhörung hat jedoch ohne Zweifel nicht etwa die Bedeutung einer Beweisaufnahme, die derart zwingend erforderlich wäre, daß ohne ihre erfolgreiche Durchführung eine Entscheidung über das Konzessionsgesuch nicht getroffen werden dürfte. Sie bildet vielmehr eine selbständige Aufgabe der Ortspolizeibehörden, die zwar die Unterstützung der Konzessionsbehörden zum Zweck hat, durch die aber die Konzessionsbehörden in ihrer Entscheidung in keiner Weise eingeschränkt oder gebunden werden.[30] Es handelt sich bei ihr, wie der Gesetzgeber im Text selbst zum Ausdruck bringt, nur um ein Gutachten. Ob jedoch eine Verlautbarung der beiden Behörden in jedem Fall erforderlich ist, also auch dann, wenn von der Erhebung eines Widerspruches abgesehen wird, dafür bietet der Wortlaut des Gesetzes keinerlei Anhalt. Für eine derartige Weisung, die lediglich

---

[28] . . . . 3. wenn die Verwendung der Räume für den Betrieb dem öffentlichen Interesse widerspricht.

[29] Für Bayern sind seit Inkrafttreten der neuen Gemeindeordnung (= 1. IV. 1928) an Stelle der Art. 84, 92, 130 und 138 Gemeindeordnung a. F. nunmehr die Art. 16, 51 und 54 Gem.-O. n. F. maßgebend.

[30] s. Entsch. des bayer. V. G. H. v. 30. XI. 1923 (Reger Bd. 44 S. 167).

der Aufsichtsbehörde der Ortsbehörden zustünde — ebenso bei der innerdienstlichen Natur einer solchen Anordnung die Kontrolle ihrer Beachtung — würde ein zwingender Grund nur dann vorliegen,[31] wenn die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung der beiden Ortsbehörden eine unerläßliche gesetzliche Voraussetzung für die Entscheidung der Konzessionsbehörde bilden würde.

Nach dem durch die Novelle von 1896 dem § 33 Gew.-O. hinzugefügten Abs. 5, der vom Notgesetz unberührt blieb, unterliegt auch der Ausschank in Konsumvereinen und zwar auch dann, wenn sie damit nicht einen Erwerb, sondern nur eine Ersparnis für die Mitglieder bezwecken unter Berücksichtigung aller in Abs. 1—4a . a. O. aufgestellten Voraussetzungen der Erlaubnispflicht. Insbesondere ist bei Prüfung der Bedürfnisfrage solchen Vereinen gegenüber die Anlegung eines mittleren Maßstabes nach wie vor nicht angezeigt. Auch sind ebenso wie bei Prüfung eines von einem einzelnen gestellten Erlaubnisgesuches alle bereits bestehenden mit gewerbepolizeilicher Erlaubnis betriebenen Branntweinhandlungen und Verkaufsstellen in Betracht zu ziehen.

d) Vereine und geschlossene Gesellschaften.

Wesentliche Verschärfungen hat schließlich der bisherige Abs. 6 des § 33 Gew.-O. erfahren, der auf der Novelle vom 6. VIII. 1896 beruhend den Landesregierungen vorbehielt, anzuordnen, daß die Bestimmungen über die Erlaubnispflicht der Gast- und Schankwirtschaften auch auf andere Vereine als die ihnen schon durch Abs. 5 unterstellten Konsumvereine Anwendung finden soll. Während es somit bisher in das Belieben der einzelnen Landesregierungen gestellt war, die für die Erlaubnis zum Gastwirtschaftsbetrieb aufgestellten Bestimmungen der Abs. 1—4 des § 33 Gew.-O. auch auf geschlossene Gesellschaften und andere Vereine anzuwenden, hat diese Anwendung (der neugefaßten Abs. 1—4) nunmehr zwingend und unmittelbar kraft Reichsrechtes stattzufinden.[32] Dabei bedeutet die Neueinfügung der geschlossenen Gesellschaften (Klubs usw.) nicht etwa eine Erweiterung des Kreises der von der Vorschrift Betroffenen, sondern nur eine Verdeutlichung der Absichten des Gesetzgebers. Wenn Abs. 6 von der Erlaubnis an Gesellschaften und andere Vereine spricht, so schließt er sich damit nur an die schon bisher herrschende Meinung an, daß die Erteilung der Er-

[31] Preuß. O. V. G. v. 21. II. 1924 (Preuß. Verw. Bl. Bd. 45 S. 457).

[32] Diese Ausdehnung der Erlaubnispflicht erstreckt sich jedoch nicht auf die nichtgewerbsmäßigen Kantinenbetriebe für Angestellte und Arbeiter solcher Vereine und Gesellschaften.

laubnis sowohl an rechtsfähige als auch an nichtrechtsfähige Vereine zulässig ist. Auf dem gleichen Standpunkt steht übrigens auch der neue Entwurf eines Schankstättengesetzes v. 13. VII. 1928, der in § 1 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich bestimmt: die Erlaubnis kann auch juristischen Personen, sowie nichtrechtsfähigen Vereinen erteilt werden. Diese allgemeine Frage, ob juristischen Personen die Erlaubnis zum Betriebe solcher Gewerbe erteilt werden kann, bei welchen das Gesetz das Erfordernis gewisser persönlicher Eigenschaften aufstellt, war früher überaus bestritten und ist im allgemeinen von der Rechtsprechung und auch überwiegend von der Literatur verneint worden. Erst seit der Novelle zur Gew.-O. von 1896 wurde mehr und mehr die Möglichkeit mit der Begründung bejaht, daß durch die erwähnte Novelle die Anwendung des § 33 Gew.-O. auch auf die in Abs. 5 und 6 a. a. O. bezeichneten Vereine anerkannt werden müsse.[33] Die Literatur[34] bejaht die Frage nunmehr auch ganz überwiegend. Nur Landmann und Fleiner verhalten sich bis in die neueste Zeit ablehnend mit der Begründung, daß eine juristische Person als bloße ideelle Persönlichkeit persönliche Eigenschaften, wie sie § 33 Gew.-O. erfordere, nicht besitzen könne. Dieser Standpunkt kann jedoch jedenfalls für das Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe nach der Neufassung des Abs. 6 nicht mehr gehalten werden.

In Ausdehnung des aus Abs. 1 zu entnehmenden Grundsatzes, daß es einer Erlaubnis nur für gewerbliche Betriebe bedarf, wird in Abs. 6 n. F. die Erlaubnis bei den einen Ausschank betreibenden Vereinen auch dann für erforderlich erklärt, wenn der Verein den Ausschank nicht gewerbsmäßig d. h. nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung betreibt.[35] Zwar ergibt der Text des Gesetzes nicht ganz klar, ob auch der nicht gewerbsmäßige Schankbetrieb von Vereinen usw. konzessionspflichtig ist. Daß dies jedoch der Wille des Gesetzgebers war, ist bei der grundsätzlichen Einstellung, nämlich alle Mißbräuche und Gesetzesumgehungen durch Vereine auszuschließen, nicht zu bezweifeln.[36] Der Abs. 6 enthält in seiner Neufassung hinsichtlich der geschlossenen Gesellschaften, Vereinen usw. dieselben Bestimmungen, die in Abs. 5 für die Konsumvereine ge-

---

[33] s. Reger Bd. 23 S. 15, Bd. 29 S. 336, Bd. 32 S. 303.

[34] s. Reger-Stöhsel Gew.-O. 7. Auflage. Anm. 4 zu § 33 Gew.-O. und Anm. 1 zu § 12 Gew.-O., ebenso v. Seydel 2. Auflage. 3 S. 397, v. Schicker 1 S. 33, sowie die Begründung zum Schankstättenges.-Entwurf v. 1928. S. 11.

[35] s. bayer. V. G. H. Bd. 47 S. 123 (vgl. Reger Bd. 26 S. 182, Bd. 34 S. 23). Eine Aenderung hierin ist durch die Neufassung des Abs. 6 nicht eingetreten.

[36] s. die Ausführungen bei Landmann Gew.-O. 8. Auflage Bd. I, 1 S. 422, sowie die übereinstimmenden Urteile des preuß. O. V. G. v. 12. XII.

troffen ist. Es unterliegt daher auch die von den geschlossenen Gesellschaften auf ihre eigene Rechnung betriebene, auf die Mitglieder beschränkte Abgabe von Getränken dem Erlaubniszwang. Ob für die an die Mitglieder abgegebenen Getränke ein die Gestehungskosten deckendes Entgelt oder gar kein Entgelt verlangt und die Gestehungskosten auf andere Weise gedeckt werden von der Gesellschaft, ist dabei ohne Bedeutung.[37] Daß die Bestimmung in der Gew.-O. sich findet, würde zwar an sich die Annahme rechtfertigen, es sollten nur gewerbsmäßige Betriebe betroffen werden. Es ist jedoch demgegenüber zu beachten, daß der Gesetzgeber auch schon vor dem Inkrafttreten des Notgesetzes in einigen Bestimmungen wie z. B. in dem die Konsumvereine behandelnden Abs. 5 des § 33, sowie in § 24, § 41a, 105b Abs. 4 Gew.-O. über die sonstigen Grenzen des gewerbsmäßigen Betriebs hinausging.[38] Auch die Entstehungsgeschichte des Abs. 6 n. F. läßt keinen Zweifel darüber, daß auch die nichtgewerbsmäßigen Betriebe von der Konzessionspflicht erfaßt werden sollten. Die Regierungsvorlage hatte nämlich eine Erweiterung der Konzessionspflicht auf Vereine nicht vorgesehen. Erst vom Reichstag wurde diese Bestimmung eingefügt. Der Wille des Reichstages, des alleinigen Gesetzgebers, war also ohne Zweifel der, daß alle Schankbetriebe von Vereinen, auch nicht gewerbsmäßige, erlaubnispflichtig sein sollten. Eine Erlaubniserteilung an einen Verein kommt jedoch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur dann in Frage, wenn der Betrieb auf Rechnung des Vereins selbst geht.[39] Bei einem derartigen Erlaubnisgesuch hat sich die Prüfung der Zuverlässigkeit des Unternehmers alsdann auf die Personen zu richten, die nach den Gesetzes- oder Satzungsbestimmungen vertretungsbe-

---

1912 (Pr. V. Bl. 34 S. 753), Urt. d. brem. V. G. v. 19. I. 1925 (D. J. Ztg. 1925 S. 900), sowie Urt. des bayer. Obst. L. G. v. 3. I. 1927 (Bayer. Verw. Bl. 75 S. 107).

[37] s. Entsch. d. bayer. Obst. L. G. v. 3. I. 1927 (Slg. Bd. 27 S. 1): Ein Abendklub zwecks Pflege der gesellschaftlichen Beziehungen ist eine geschlossene Gesellschaft im Sinne des Abs. 6 und bedarf der Erlaubnis. Wenn auch für die dargereichten Getränke kein direktes Entgelt verlangt wird, so kann dies auch in anderer Weise geschehen, z. B. Entschädigung für die Ueberlassung der Klubräume.

[38] s. die Urteile des brem. V. G. v. 19. I. 1925, sowie des bayer. Obst. L. G. v. 3. I. 1927 (Bayer. Verw. Bl. Bd. 75 S. 107).

[39] s. Urteil des Reichsper. v. XI. 1926 (Jur. Rundschau 3 S. 154): Wird der Geschäftsbetrieb eines Vereins nicht auf gemeinschaftliche Rechnung der Vereinsmitglieder, sondern eines vom Verein aufgestellten Wirts oder Geschäftsführers ausgeführt, so bedarf d i e s e r einer Erlaubnis und zwar auch dann, wenn durch vertragsmäßige Feststellung der Preise dem Gewinn eines solchen Geschäftsführers eine gewisse Grenze gezogen ist.

rechtigt sind und deren Handlungen sich der betreffende Verein usw. anrechnen lassen muß.[40]

Nachdem das Gesetz keinen Unterschied unter den verschiedenen Arten von Vereinen macht, fallen unter Abs. 6 Vereine jeder Art, also insbesondere Gesangvereine, Kriegervereine, dann Sportvereine wie Schützen- und Radfahrervereine, ferner Ruder- und Fechtklubs, auch Studentenverbindungen, Gewerkschaften und Freimaurerlogen; denn der Begriff des Vereinsschankes im Sinne des Abs. 6 ist nach dem Zweck des Gesetzes im weitesten Sinne zu verstehen.

Wie aus den Worten „ausschließlich der bereits bestehenden" zu entnehmen ist, so legt die Neufassung (ebenso wie die frühere Fassung) dem Abs. 6 rückwirkende Kraft auf die zur Zeit seines Inkrafttretens bereits bestehenden Vereine bei. Mit dieser Spezialvorschrift ist ausdrücklich eine Ausnahme von dem in § 1 Abs. 2 Gew.-O. ausgesprochenen Grundsatz der Nichtrückwirkung, der nicht nur für die Gewerbeordnung selbst, sondern im allgemeinen auch für die Novellen zu derselben gilt, zum Ausdruck gebracht worden. Die Neufassung will des weiteren besagen, daß, soweit die Erlaubnis gemäß § 33 Abs. 6 Gew.-O. a. F. bereits erteilt ist, eine nochmalige Nachprüfung nicht in Frage kommt. Alle übrigen am 27. II. 1923 schon bestandenen Vereine und Gesellschaften bedürfen zwar der Erlaubnis nach Art. I § 1, jedoch kann bei ihnen kein Bedürfnisnachweis verlangt werden.[41]

Die hier vertretene Anschauung ist jedoch in der Literatur und Rechtsprechung nicht unbestritten. So kommt z. B. Hast[42] bei einer allzu engen Auslegung der fraglichen Bestimmung zu dem Ergebnis, daß der Bedürfnisnachweis nur bei denjenigen Vereinen auszuscheiden habe, die bereits bei Erlaß des Notgesetzes eine Schankwirtschaft betrieben haben, ohne bis zu diesem Zeitpunkt einer Konzession zu bedürfen. Diese Auffassung kann jedoch trotz der vom Notgesetz im allgemeinen angestrebten Verschärfung der Konzessionsbestimmungen nicht als richtig anerkannt werden, da sie sich mit dem Wortlaut des Gesetzes in keiner Weise vertragen würde. Die gleiche Auslegung wie Hast gibt übrigens auch der bayer. V. G. H. (Slg. Bd. 47 S. 120 ff.) dem Abs. 6 § 1

---

[40] s. jetzt die ausdrückliche Bestimmung in § 2 Abs. 2 des Schankstättenges.-Entw. v. 13. VII. 1928.

[41] Diese Auffassung liegt auch der V. O. des preuß. Min. d. Innern, d. Min. für Handel und Gewerbe und d. Min. für Volksw. v. 20. VI. 1923 zu Grunde. Siehe dort A I 5 b b (Pr. Min. Bl. d. i. V. S. 701). Ebenso v. Landmann. Gew.-O. 7. Auflage. 2.B d. S. 995 oben.

[42] s. Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht Bd. 58 S. 74.

des Notgesetzes. Diese Entscheidung vom 31. XII. 1926 ist jedoch vom Gesetz ebenfalls nicht getragen. Der bayer. V. G. H. sucht hier an der Hand der Entwicklungs- und Entstehungsgeschichte der Abs. 5 und 6 des § 33 Gew.-O., zurückgreifend bis auf den nicht zur Verabschiedung gelangten Gesetzentwurf vom 5. I. 1895 die Richtigkeit seiner Ansicht vergebens darzutun. Es ist ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, daß der Weg der Interpretation einer Rechtsnorm erst beschritten werden darf, wenn dies infolge Unklarheit des Wortlauts der betreffenden Gesetzesbestimmung erforderlich ist. Dazu besteht aber im Falle des Abs. 6 S. 2 halbs. 1 des § 33 Gw.-O. n. F. keinerlei Veranlassung, da die Fassung des Gesetzestextes ganz klar ist. Während nämlich S. 1 des Abs. 6 a. a. O. den allgemeinen Grundsatz ausspricht, daß die vorausgehenden Abs. 1—5 auch auf geschlossene Gesellschaften (Klubs usw.) und andere Vereine einschließlich der bereits bestehenden selbst dann Anwendung finden sollen, wenn der Betrieb auf den Kreis der Mitglieder beschränkt ist, schränkt der unmittelbar nachfolgende S. 2 halbs. 1 diesen allgemeinen Grundsatz dahin ein, daß die Erlaubnis an die zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehenden Vereine n u r dann versagt werden darf, wenn die Voraussetzungen des Abs. 3 Zff. 1—3 gegeben sind. Wie das Wörtchen „nur" ganz unzweideutig zum Ausdruck bringt, soll bei den in S. 2 halbs. 1 bezeichneten Vereinen eben nur ein Mangel der in Abs. 3 Zff. 1—3 genannten Voraussetzungen zur Versagung der Erlaubnis berechtigen, die in Abs. 2 sonst allgemein zu prüfende Bedürfnisfrage aber nicht aufgeworfen werden dürfen. Daß S. 2 Halbs. 1 eine Ausnahme von dem in S. 1 aufgestellten allgemeinen Grundsatz bildet, ist in S. 2 Halbs. 2 auch ausdrücklich ausgesprochen. Eine Unterscheidung dahin zu machen — wie es der bayer. V. G. H. tut —, ob der betreffende Verein usw. am 27. II. 1923 einen erlaubnispflichtigen Betrieb ausgeübt hat oder nicht, hat im Gesetz selbst nicht die geringste Andeutung erfahren. Die vom genannten Gerichtshof weiter angeführten Aeußerungen des Abg. Dr. Bell, des Berichterstatters in der 2. Beratung (S. 9851) bei den Verhandlungen im Reichstag (Sten. Ber. 1920/23 Bd. 358) sprechen nicht für, sondern gegen die vom bayer. V. G. H. vertretene Anschauung. Dr. Bell führte u. a. aus: „Der (Rechts)ausschuß hat nach eingehender Beratung in den § 1 (des Notgesetzes) die Vorschrift aufgenommen, daß die Bestimmungen des § 33 Gew.-O. Anwendung finden auf Vereine und geschlossene Gesellschaften (Klubs usw.) und zwar selbst dann, wenn der Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft oder des Kleinhandels mit Branntwein auf den Kreis der Mitglieder beschränkt ist. Im

Ausschuß war die Ueberzeugung vorherrschend, daß gerade in der jetzigen außerordentlichen Notlage unseres Volkes den gemeinschädlichen Auswüchsen des Wirtshauslebens, insbesondere den Lastern der Trunksucht und Völlerei, des Glückspiels und der Unzucht, vor allem in den mannigfaltigen geschlossenen Gesellschaften, Spiel- und Wettklubs mit nachdrücklicher Schärfe entgegengetreten werden müsse. Zu dieser allgemeinen Vorschrift wurde eine besondere hinzugefügt, wornach bei den bestehenden geschlossenen Gesellschaften die Frage des Bedürfnisses nicht nachzuprüfen, vielmehr die Erlaubnis zum Wirtschaftsbetrieb nur dann zu versagen ist, wenn die im § 1 Abs. 3 Zff. 1—3 festgelegten Voraussetzungen zutreffen. Nur in dem Falle soll auch bei bestehenden Gesellschaften (Klubs usw.) die Frage des Bedürfnisses festzustellen sein, wenn es sich um Spielklubs, auch solche in versteckter Form und ähnliche Gesellschaften handelt." Es ist nicht einzusehen, wie der bayer. V. G. H. diese Aeußerungen zur Begründung seiner Anschauung verwenden will. Aus ihnen ist vor allem auch in keiner Weise zu entnehmen, daß eine Scheidung in Vereine usw., die beim Inkrafttreten des Notgesetzes einen erlaubnispflichtigen Betrieb ausgeübt und solchen, die ihn nicht ausgeübt haben, getroffen werden wollte. Wir halten jedoch, wie schon erwähnt, ein Zurückgreifen auf die Motive überhaupt nicht für möglich, da die Deutlichkeit des Gesetzestextes hiezu keinen Anlaß gibt. Hätte der Gesetzgeber wirklich diese Unterscheidung gemacht wissen wollen, so hätte er den S. 2 Halbs. 1 des Abs. 6 anders fassen müssen. Es wäre ihm dies auch ein Leichtes gewesen, indem er statt des Wortes „bestehenden" die Worte „einen erlaubnispflichtigen Betrieb ausübenden" gesetzt hätte; denn dies hätte ja das Bestehen des Vereins usw. zur notwendigen Voraussetzung gehabt. Bei dieser Rechtslage erübrigt sich auch zu den vom bayer. V. G. H. weiter angeführten Aeußerungen des Abg. Leutheußer Stellung zu nehmen. Die zur Vermeidung von Schärfen anzuwendende wohlwollendere Behandlung der Erlaubnisgesuche von Vereinen, die am 27. II. 1923 bereits bestanden, kommt auch in der mehr positiven Fassung des Halbs. 2 S. 2 Abs. 6 „darf nur versagt werden" gegenüber der mehr negativen Fassung des Abs. 2 § 33 Gew.-O. „darf nur erteilt werden" zum Ausdruck. Nach dieser Fassung des Abs. 6 S. 2 Halbs. 2 ist den dort genannten Vereinen ein subjektives Recht auf Erteilung der Konzession eingeräumt, das ihnen nur streitig gemacht werden kann, wenn ihnen die zuständige Behörde einen der in Abs. 3 Zff. 1—3 (erschöpfend) genannten Versagungsgründe nachzuweisen vermag.

Nach unsrer Anschauung kommt eine Nachprüfung der Bedürfnisfrage, wie überhaupt aller der in Abs. 1—4 des § 1 Notgesetz aufgestellten Voraussetzungen nur bei solchen Vereinen usw. in Frage, die erst nach Inkrafttreten des Notgesetzes ins Leben getreten sind, sowie den Vereinen und Gesellschaften, in welchen dem Glückspiel obgelegen wird, bei letzteren gleichviel, ob vor oder nach dem 27. II. 1923 entstanden. In den Fällen des Abs. 6 wird jedoch die Bedürfnisfrage nach anderen Gesichtspunkten zu beurteilen sein, als bei öffentlichen Wirtschaften. Es wird dabei insbesondere darauf anzukommen haben, ob ein berechtigtes Interesse des betreffenden Personenkreises an einer Wirtschaftsausübung durch den Verein trotz der bereits bestehenden Wirtschaften besteht. Will jedoch ein Verein usw. (wenn auch schon vor dem Inkrafttreten des Notgesetzes bestehend) nachträglich einen Ausschank mit der Absicht der Gewinnerzielung und ohne Beschränkung auf den Kreis seiner Mitglieder betreiben, so besteht kein Anlaß, das hiezu erforderliche Erlaubnisgesuch und damit die Bedürfnisfrage anders zu behandeln als bei anderen gewerblichen Wirtschaftsbetrieben, da der in diesem Fall erforderliche Bedürfnisnachweis nicht auf Abs. 1 des § 33 Gew.-O. beruht.

§ 4.

Besonderheiten im Wirtschaftsgewerbe.

a) Hinsichtlich der Bedürfnisfrage.

Eine der historischen Entwicklung des Gewerberechts entstammende Eigentümlichkeit, die sich bis in die neueste Zeit forterhalten hat (s. §§ 10 Abs. 2, 48 Reichsgew.-O.) bilden die sog. Realgewerbeberechtigungen, zu denen auch die dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeiten gehören. Die R.-Gew.-O. setzt den Begriff der dinglichen Gewerbeberechtigung als gegeben voraus und will ihn so verstanden wissen, wie ihn die einzelnen Landesrechte vor der einheitlichen Kodifikation des Gewerberechts in der R.-Gew.-O. von 1869 ausgestaltet haben. Art 74 E. G. z. B. G. B. sagt lediglich, daß die landesrechtlichen Vorschriften über Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen unberührt bleiben. Die Möglichkeit der landesrechtlichen Ausgestaltung des Realgewerberechtes hat denn auch in den einzelnen Ländern eine ganz verschiedene rechtliche Struktur desselben gebracht. So unterscheidet z. B. das bayer. Landesrecht zwischen radizierten Gewerberealrechten, d. h. solchen, die

dauernd mit einem Grundstück verbunden sind und zwischen einfach realen Gewerbeberechtigungen, eine Unterscheidung, die sonst allen übrigen Landesrechten unbekannt ist.[43] Diese Zweiteilung der Realrechte, denen Bedeutung nur bei solchen Gewerben zukommt, zu deren Betrieb wie hier bei Gast- und Schankwirtschaft besondere Erlaubnis erforderlich ist, bedingt auch eine Verschiedenartigkeit in der Behandlung der Konzessionsgesuche. Eine wichtige Ausnahmestellung, die beiden Arten von Gewerberealrechten zukommt, besteht darin, daß bei Konzessionsgesuchen für den Wirtschaftsbetrieb die Würdigung der Bedürfnisfrage mit Rücksicht auf § 48 Gew.-O. ausgeschlossen ist.[44] Bei Gesuchen um Ausübung von radizierten Realrechten hat außerdem auch die Prüfung der Lage des Lokals auszuscheiden. Der Hauptunterschied zwischen den beiden Arten von Realrechten zeigt sich insbesondere bei der ebenfalls nach Landesrecht zu beurteilenden[45] Uebertragungsmöglichkeit, die nicht etwa schon nach Maßgabe der R.-Gew.-O. als verbotene Neubegründung zu erachten und daher unzulässig ist, vorausgesetzt, daß durch die Trennung keine erhebliche Veränderung des Wesens und Inhalts des Rechtes eintritt. Bezüglich der einfachen realen Gewerberechte, die frei veräußerlich und vererblich sind, nimmt nämlich die überwiegende Anschauung[46] an, daß im Falle der Uebertragung auf ein anderes Grundstück ebenso wie das Bedürfnis, so auch die Lage des Lokals nicht geprüft werden dürfe, sondern nur die Beschaffenheit der Räumlichkeiten. Im Gegensatz hiezu kann ein sog. radiziertes Realrecht nur mit gewerbepolizeilicher Genehmigung auf ein anderes Anwesen übertragen und rückübertragen werden,[47] wobei jedesmal die Bedürfnisfrage zu würdigen ist. Alle Landesrechte stimmen darin überein, daß eine Uebertragung ohne vorgängige Genehmigung der Gewerbepolizeibehörde unzulässig ist. Dagegen wird die Frage, ob eine solche Uebertragung mit solcher

[43] Diese kennen nur dingliche Wirtschaftsgerechtigkeiten, die dauernd mit einem Grundstück verknüpft sind.

[44] s. bayer. V. G. H. Slg. Bd. 3 S. 7, bayer. Obst. L. G. Bd. 11 S. 431, ebenso preuß. O. V. G. Bd. 7 S. 301.

[45] s. z. B. Reger Bd. 35 S. 241.

[46] A. A. d. bayer. Min. E. v. 12. XI. 1877 (Bl. f. admin. Pr. Bd. 28 S. 13 und Entsch. d. bayer. V. G. H. Bd. 1 S. 217).

[47] Bayer. Obst. L. G. v. 16. X. 1914. Dagegen vertritt Wanner in Bl. f. admin. Pr. Bd. 71 Nr. 12, XI unter der Annahme, daß ein radiziertes Realgewerberecht ein sog. subjektiv dingliches Recht darstelle, bei dem die Person des jeweiligen Eigentümers von lediglich accidenteller Natur sei, die Anschauung, daß eine Uebertragung auf ein anderes Grundstück, wenn auch dem Uebertragenden selbst gehörig als Neubegründung anzusehen und daher gemäß § 10 Abs. 2 Gew.-O. ausgeschlossen sei.

Genehmigung möglich ist, in den einzelnen Ländern sehr verschieden beantwortet. Einzelne Landesrechte, wie z. B. das württembergische, lassen die Uebertragung eines dinglichen Wirtschaftsrechts auf ein anderes Grundstück dann zu, wenn letzteres dem gleichen Berechtigten gehört.[48] Nach dem Landesrecht von Sachsen[49] und Bayern[50] ist dagegen die Uebertragung ganz allgemein, also ohne Rücksicht, ob sie auf ein Grundstück desselben oder eines dritten Eigentümers stattfinden soll, zulässig. Nur bedarf es in Bayern, wie schon erwähnt, bei den radizierten Realrechten vorgängiger Genehmigung der Bezirkspolizeibehörde, in Sachsen ortspolizeilicher Genehmigung. Nach der badischen Praxis ist dagegen die Uebertragung der bestehenden realen Wirtschaftsrechte gemäß dem § 51 der badischen Vollzugs-V. zur Gew.-O. in der Fassung v. 22. X. 1898 überhaupt verboten.[51] [52] An dieser Rechtslage, nach der die Inhaber von realen Gast- und Schankwirtschaftsgerechtsamen zwar nicht von der Erlaubnispflicht schlechthin entbunden, aber immerhin in gewisser Beziehung besser gestellt sind als andere Erlaubnisbewerber, ist durch das Notgesetz nichts geändert worden.[53]

Diese Realgewerbeberechtigungen, die ein Grundstück im ganzen oder aber nur einen bestimmten Teil eines solchen umfassen können, dürfen nur innerhalb der durch die Verleihung gezogenen Grenze ausgeübt werden. Ebenso wie die Neubegründung von dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeiten, so muß auch die Ausdehnung derselben auf ein selbständiges anderes Anwesen als unzulässig erachtet werden. Es wäre jedoch mit den Bedürfnissen des täglichen Lebens nicht vereinbar, wenn von vornherein jede Erweiterung der Wirtschaftsräumlichkeiten, auf welche sich die Ausübung des Realrechtes erstreckt, ausgeschlossen wäre. Handelt es sich nur um einen unselbständigen, für sich allein nicht benützbaren Anbau, z. B. einen Tanzsaal, so ist wohl keine Neubegründung anzunehmen und nach Uebereinstimmung der einzelnen Landesrechte gegen eine Erstrekkung des dinglichen Wirtschaftsrechts auf ein derart erweitertes

---

[48] Reger Bd. 15 S. 369 und Bd. 7 S. 357 (= aus dem Erlaß d.württemb. Min. d. Innern v. 1. II. 1887).

[49] Reger Bd. 10 S. 162 (= Erlaß d. kgl. sächs. Min. d. Innern v. 22. V. 1889).

[50] Bayer. V. G. H. Bd. 11 S. 1.

[51] D. Gew. Archiv Bd. 7 S. 193, Reger Bd. 28 S. 5, Bd. 35 S. 241.

[52] s. auch Wanner in Bl. f. admin. Pr. Bd. 71 Nr. 11 und 12 Jahrg. 1921 S. 161, 33, 65.

[53] s. dagegen die beschränkenden und auf eine allmähliche Beseitigung der Realgewerbeberechtigung abzielenden Bestimmungen in § 24 d. Entw. eines Schankstättenges. v. 13. VII. 1928.

Wirtschaftsgebäude nichts zu erinnern, wenn der bisherige Wirtschaftsbetrieb seiner Art nach kein anderer und der räumliche Uebergriff nicht erheblich ist; denn nachdem der Gesetzgeber in §§ 10 Abs. 2, 48 Gew.-O. den Fortbestand der alten Realwirtschaften sicherte, war es auch sein Wille, daß diesen Wirtschaften auch die Vornahme von durch die Bedürfnisse der Zeit und durch die gesteigerten Anforderungen verlangten Verbesserungen und Erweiterungen nicht unmöglich sein sollte, was aber der Fall wäre, wenn für jeden über die Grenze des Realrechts hinausgehenden Raum die Erlangung einer von dem Nachweis des Bedürfnisses abhängigen persönlichen Konzession gefordert würde.

b) Befreiung von der gewerbepolizeilichen Erlaubnis überhaupt.

1. Nach bayerischem Landesrecht.

Eine Ausnahme von der Wirtschaftskonzessionspflicht bildet folgendes:

Nach dem durch das Reichsgesetz vom 12. VI. 1872 (RG.Bl. 170) aufrechterhaltenen Art. 9 b des bayer. Gewerbegesetzes v. 30. I. 1868 (Bayer. G. Bl. 1866/69 S. 309)[54] ist der erlaubnisfreie Ausschank des eigenen Erzeugnisses gestattet den Bräuern in einem hiefür bezeichneten Lokale und auf ihren Lagerkellern, desgleichen nach Maßgabe des örtlichen Herkommens und der ortspolizeilichen Vorschriften den schankberechtigten Kommunbräuern und Weinbauern.

In der bayerischen Pfalz war das Wirtschaftsgewerbe überhaupt frei bis zur Aufhebung dieser Freiheit durch die Gewerbenovelle von 1879. Wer bei deren Inkrafttreten das Wirtschaftsgewerbe betrieb, durfte es unverändert fortbetreiben, da die Novelle keine rückwirkende Kraft hatte. Beim Wechsel des Lokals ist dagegen Betriebserlaubnis erforderlich. Für die Zeit seit der erwähnten Novelle gilt nämlich in der Pfalz die allgemeine Konzessionsvorschrift. Neben diesem generellen Gesetz besteht aber auch für die Pfalz als lex specialis der durch die eben zitierte Novelle unberührt gebliebene Satz des erwähnten Gesetzes von 1872 (§ 1 Abs. 2): „Insoweit bisher in Bayern der Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft oder des Kleinhandels mit geistigen Getränken ohne polizeiliche Erlaubnis statthaft war, bedarf es einer solchen auch in der Folge nicht." Damit ist in der Pfalz der erlaubnisfreie Ausschank für alle eigenen Erzeugnisse an Getränken allgemein gestattet. An

[54] s. auch § 44 der bayer. Min. Bek. v. 30. XII. 1909 (Min. Bl. 1910 S. 1).

dieser sonderrechtlichen Regelung will ebenso wie das Notgesetz auch der neue Entwurf eines Schankstättengesetzes v. 13. VII. 1928 (s. dort § 28) nichts geändert wissen.

2. Nach Reichsrecht.

aa) Bahnhofwirtschaften.

Ein eigenes Kapitel im Gast- und Schankwirtschaftsrecht bildet die Regelung der Bahnhofwirtschaften. Da zu den Aufgaben der Eisenbahnverwaltung auch die Sorge für das leibliche Wohl der Reisenden gehört, so sind die Bahnhofswirtschaften als sog. Nebenbetriebe [55] der Eisenbahnunternehmungen anzusehen und waren damit nach der herrschenden Auffassung bis zum Inkrafttreten des Reichsbahngesetzes v. 30. VIII. 1924 (RGBl. II S. 272) gemäß § 6 Gew.-O. den Bestimmungen der Gew.-O., also insbesondere der Konzessionspflicht nicht unterworfen. [56] Mit diesem Zeitpunkt kommt für die Bahnhofwirtschaften § 16 Abs. 5 des erwähnten Reichsbahngesetzes (R.B.G.) in Betracht, nach dem die Vorschriften der Gew.-O. auf den Betrieb der deutschen Reichsbahn ebenfalls nicht anzuwenden sind. Dabei ist zu bemerken, daß § 16 Abs. 5 des R.B.G. die Rechtslage, die auf Grund des § 16 Gew.-O. bestand, lediglich im R.B.G. festlegen, nicht aber irgendwie verändern wollte. Das R.B.G. gehört zu den mit dem Dawesplan zusammenhängenden Gesetzen, die Deutschland nicht ohne weiteres ändern kann. Aus diesem Grunde scheiterten auch die im Reichstag (vgl. R. T. V. 1925/26 Nr. 341, 1809 N. B. 1926 S. 5318) und auch im Reichsrat (Drucks. 1925 Nr. 54, Antrag Sachsens) hervorgetretenen Forderungen, die Hilfsbetriebe der Eisenbahnen (Bahnhofwirtschaften und Verkaufstellen) durch eine Ergänzung des § 6 Gew.-O. gesetzlich zu regeln. [57]

Die Behandlung der Bahnhofwirtschaften war bis in die neueste Zeit in den einzelnen Ländern keine einheitliche. So war z. B. durch die Verfügung des preußischen Min. des Innern v. 27. VII. 1905 bestimmt worten, daß nur Bahnhofwirtschaften, welche innerhalb der Bahnsteigsperre liegen, oder bei welchen ein Verkehr des nicht-

---

[55] s. RGStr. Bd. 58 S. 137 und R. G. Entsch. v. 7. X. 1926 (Jur. W. 1927 S. 1268) Entsch. d. preuß. Kammerger. v. 21. X. 24. A. A., wie bisher, nur d. preuß. O. V. G. in s. Entsch. v. 10. XII. 1925 (Jur. W. 1926 S. 735); gegen letzteres insbesondere Jäger mit guten Gründen in Jur. W. 1926 S. 735.

[56] Mit Kobler (Bayer. Verw. Bl. Bd. 75 S. 216) ist anzunehmen, daß wesentliche Voraussetzung ist, daß der Hauptzweck der Bahnhofwirtschaft die Befriedigung des Bedürfnisses des Reiseverkehrs ist.

[57] s. Landmann Gew.-O. 8. Auflage Bd. I, 1 S. 123.

reisenden Publikums durch andere besondere Einrichtungen ausgeschlossen ist, als Teile der Eisenbahnverwaltung anzusehen sind und daher keiner Konzession gemäß § 33 Gew.-O. bedürfen. Alle anderen Bahnhofwirtschaften sollen jedoch nach den Vorschriften des § 33 Gew.-O. zu behandeln sein.[58] Auf einen anderen Standpunkt stellte sich wiederum die bayerische[59] Praxis, die gemäß § 16 der zur Gew.-O. erlassenen Min. Bek. v. 30. XII. 1909 (Min. Bl. 1910 S. 1) alle Bahnhofwirtschaften und Kantinen im Bereiche der Eisenbahnverwaltung (einschließlich des Speisewagenbetriebs) von der Unterwerfung unter § 33 Gew.-O. befreite. Jedoch hat auch die bayerische Rechtsprechung (s. V. G. H. Slg. Bd. 45 S. 27) andere in Bahnhöfen stehende Betriebe, z. B. Kioske, gleichviel welchen Zwecken dienend, für erlaubnispflichtig erachtet, falls sie nicht Teile des Eisenbahnunternehmens sind. Gleichgültig für die Befreiung von der Konzessionspflicht ist auch, ob die Eisenbahnverwaltung ihre Wirtschaften durch ihre Angestellten oder durch Pächter verwalten läßt.[60]

Zum Zwecke einer einheitlichen Regelung und reibungslosen Erledigung von Konzessionsgesuchen für Bahnhofwirtschaften in den einzelnen Ländern wurden auf Empfehlung des Reichsrats anläßlich der Beratungen über den Gesetzentwurf betreffend die Abänderung des § 6 Gew.-O.[61] zwischen den Landesregierungen und der Hauptverwaltung der Reichsbahngesellschaft Richtlinien vereinbart, nach denen die Zulassung neuer Bahnhofwirtschaften und die Verkaufszeiten der Bahnhofsverkaufsstellen im Einvernehmen der beiderseitigen Behörden zu regeln sind.[62] [63] Die Richtlinien stellen zwar nur eine Verwaltungsanordnung[64] dar, die jedoch, da nach der getroffenen Vereinbarung beide Teile ihre nachgeordneten Behörden mit den entsprechenden Weisungen zu versehen haben, die Praxis nunmehr solange beherrschen, als nicht ein Vertragsteil nach vorheriger Verständigung des anderen den Rücktritt erklärt. Hienach sind Bahnhofwirtschaften und selbständige Erfrischungs-

---

[58] s. auch Reger Bd. 35 S. 240, 260, Erg. Bd. 3 S. 595.

[59] Ebenso die badische und württembergische.

[60] s. Urteil des R.G. v. 7. X. 1926.

[61] s. S. 25 oben.

[62] Für Bayern s. die Bek. d. Staatsmin. f. soz. Fürs. und f. Handel, Industrie und Gewerbe v. 15. VII. 27 Nr. 22 b 3 (Bayer. Staatsanzeiger 1927 Nr. 173).

[63] Damit wird die bisherige preuß. Praxis abgelehnt.

[64] s. B der erwähnten bayer. Min. Bek. v. 15. VII. 1927 (Bayer. Staatsanzeiger Nr. 173).

hallen nur solche, die sich auf einem Personen[65]bahnhof innerhalb oder außerhalb der Bahnsteigsperre befinden. Liegen dieselben aber außerhalb des Personenbahnhofs, wenn auch auf bahneigenem Gelände, so unterliegen sie stets der Erlaubnispflicht nach § 33 Gew.-O. Wichtig ist die Bestimmung, daß neue Bahnhofwirtschaften und selbständige Erfrischungshallen von der Reichsbahndirektion nur im Einvernehmen mit der höheren Verwaltungsbehörde[66] zugelassen werden. Es soll für die Errichtung neuer Bahnhofwirtschaften usw. lediglich das Bedürfnis des Reiseverkehrs maßgebend sein, wobei Art und Umfang des Verkehrs, in erster Linie des Fernverkehrs, gesteigerter Ausflugsverkehr, mangelnde Erfrischungsmöglichkeiten in unmittelbarer Nähe des Bahnhofs und ähnliche Gesichtspunkte zu beachten sind. Auch für die von der Reichsbahnverwaltung für ihr Personal eingerichteten Kantinen und Küchen ist eine Erlaubniserteilung nach § 33 Gew.-O. nicht erforderlich (anders aber für die Baukantinen). Um etwaige Zweifel auszuschließen, ist ferner noch ausdrücklich bestimmt, daß eine Bahnhofwirtschaft, die ihren Pächter wechselt oder nach vorübergehender Schließung wiedereröffnet wird, nicht als neue im Sinne der Richtlinien zu erachten ist. Für die Privatbahnen, die naturgemäß von den Richtlinien nicht betroffen werden, ist nach wie vor § 6 Gew.-O. maßgebend, so daß auf sie § 33 Gew.-O. keine Anwendung findet. Wie in den Richtlinien jedoch ausgesprochen wurde, so setzt die deutsche Reichsbahngesellschaft voraus, daß gegenüber Privat- und Kleinbahnen, Kommunalverbänden usw. von den Landesregierungen keine günstigere Regelung getroffen wird, als sie in den Richtlinien für die Bahnhofwirtschaften der Reichsbahn vorgesehen ist.[67]

bb) Kantinen, Kameradschaftsheime und Offiziersheime im Bereiche der Wehrmacht und Polizei.

Die z. Zt. geltenden gesetzlichen Bestimmungen enthalten keine ausdrückliche Vorschrift, daß Kantinen, Kameradschaftsheime und Offiziersheime im Bereiche der Wehrmacht und Polizei von den für das Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe allgemein geltenden Normen, insbesondere § 33 Gew.-O. ausgenommen wären. Praktisch erscheint es jedoch nicht tunlich, den Behörden der inneren Staats-

---

[65] Was unter „Personalbahnhof" zu verstehen ist, ist Tatfrage.

[66] In Bayern Regierung K. d. I.

[67] Ueber die beabsichtigte Neuregelung s. Schankstättenges.-Entw. v. 13. VII. 1928, § 27 Abs. 1 Zff. 3 (Bahnhofwirtschaften usw. der deutschen Reichsbahn), Abs. 2 (Bahnhofw. der Privatbahnen usw.).

verwaltung die Entscheidung über derartige Betriebe, die der Militärverwaltung, also ebenfalls einer mit Hoheitsrechten ausgestatteten öffentlichen Verwaltung, eingegliedert sind, zu überlassen.[68] Es besteht auch für die Unterwerfung unter die allgemein gewerbepolizeilichen Vorschriften kein Anlaß, soweit sich die Aufgabe dieser Betriebe in der Versorgung und Verpflegung der Heeres- und Polizeiangehörigen erschöpft. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Betrieb im Namen und für Rechnung der Heeres- oder Polizeiverwaltung oder von einem Pächter auf eigene Rechnung geführt wird. Es muß genügen, daß der Betrieb mit Genehmigung der zuständigen Militär- bezw. Polizeidienststelle in deren Bereich errichtet ist und sich auf den Kreis der Wehrmacht- oder Polizeiangehörigen beschränkt, wobei nicht ausgeschlossen sein soll, daß Getränke und Speisen auch gelegentlich an Gäste von Wehrmacht- und Polizeiangehörigen verabfolgt werden.

§ 5.

Polizeistunde.

a) In Gast- und Schankwirtschaften.

Die bei Ausübung des Gast- und Schankwirtschaftsgewerbes sehr wichtige Einrichtung der Polizeistunde (d. h. des Zeitpunktes, der durch Gesetz oder Verordnung für die Schließung der Wirtschaften festgesetzt ist), deren Einhaltung von den zuständigen Polizeiorganen im Interesse der allgemeinen Ruhe, Ordnung und Sicherheit ein wachsames Augenmerk geschenkt werden muß, hat im Laufe der Jahre ihre gesetzliche Grundlage auch in Bayern mehrfach geändert. Während hier zunächst die auf Grund des § 365 RStrGB. erlassene V. O. v. 5. II. 1908 (G. V. Bl. S. 55) für die Regelung der Polizeistunde maßgebend war, hat diese Bestimmung im Jahre 1916 dem § 3 der sog. Bundesratsbekanntmachung (RGBl. 1916 S. 1355), also einer reichsgesetzlichen Anordnung, Platz machen müssen. Diese Bekanntmachung, die allgemeine Sicherheits- und Notmaßnahmen gegen die durch den Krieg hervorgerufenen unerquicklichen Zustände in der deutschen Wirtschaft zum Gegenstand hatte, brachte in Verschärfung der früheren Bestimmungen ganz allgemein für Gast- und Schankwirtschaften usw., auch für Vereins- und Gesell-

[68] Diesem Standpunkt sucht der Schankstättenges.-Entw. v. 13. VII. 1928 ausdrücklich eine gesetzl. Grundlage zu geben (s. dort § 27 Abs. 1 Zff. 1 und 2 und die Begründung hiezu).

schaftsräume, eine Polizeistunde, nach der die Lokale bereits um 10 Uhr abends zu schließen waren. Nur für bestimmte Bezirke und Betriebe und in einzelnen Fällen nur war eine spätere Schließung, jedoch nicht über 11½ Uhr abends nach Anordnung durch die Landeszentralbehörde oder der von ihr beauftragten Behörde möglich. Erst nach Aufhebung des § 3 der erwähnten Bundesratsbekanntmachung im Jahre 1921 sind die Landesregierungen wieder in die Lage versetzt worden, die Polizeistunde nach Landesrecht zu regeln. Durch die in der Zwischenzeit eingetretene Veränderung der Verhältnisse war jedoch in Bayern damals eine Umgestaltung der V. O. v. 5. II. 1908 erforderlich geworden. Dies führte sodann zum Erlaß der V. O. (des Gesamtminist.) vom 29. VIII. 1921 betreffend die Polizeistunde (G. V. Bl. S. 408), durch die allerdings im wesentlichen nur die alten Bestimmungen übernommen wurden. [69]

Da nach § 2 des Notgesetzes v. 24. II. 1923 ebenfalls die oberste Landesbehörde bezw. die von ihr bestimmte Behörde die Bestimmungen über die Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften zu erlassen hat, so ist an der vor dem Inkrafttreten des Notgesetzes geltenden landesrechtlichen Zuständigkeit nichts geändert worden. In Bayern ist auf Grund des Notgesetzes zwar keine neue landesrechtliche Bestimmung über die Polizeistunde ergangen, so daß in deren Ermangelung die erwähnte V. O. v. 29. VIII. 1921 (G. V. Bl. S. 408) sowie die dazu ergangenen Vollzugsbestimmungen (s. Anm. [69]) als landesrechtliche Normen zu Art. I § 2 Notgesetz zu gelten hat. An der Weitergeltung dieser V. O. auch nach dem Inkrafttreten des Notgesetzes ist nicht zu zweifeln; denn eine derartige Vorschrift hat nicht zur Voraussetzung, daß eine Landeszentralbehörde unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 2 des Notgesetzes Bestimmungen über die Polizeistunde erläßt, erfordert vielmehr nur, daß überhaupt Anordnungen vorliegen, die im Notgesetz eine rechtliche Grundlage finden. [70] Ebenso wollten auch mit dem Hinweis in § 4 Abs. 2 des Notgesetzes die in Betracht kommenden Vorschriften nur nach ihrem sachlichen Inhalt gekennzeichnet, nicht aber gefordert werden, daß die Vorschriften ausdrücklich oder doch stillschweigend auf das Notgesetz als ihrer Rechtsgrundlage Bezug nehmen. Uebrigens ist in der Bekanntmachung des bayer. Min. der Justiz v. 23. IV. 1923 Nr. 18 253 ausdrücklich auf das

---

[69] s. hiezu auch die bayer. Vollzugsbestimmungen: Inn. M. Bek. 6. II. 1908 (G. V. Bl. 57) v. 18. VII. 1913 (Ae. M. Bl. 659); v. 30. VIII. 1921 (G. V. Bl. 409).

[70] s. bayer. Obst. L. G. v. 23. X. 1923 (Bayer. Ztschr. f. Rechtspfl. 1923 S. 237).

Notgesetz als reichsrechtlicher Grundlage für die erwähnte V. O. Bezug genommen, indem dort bestimmt wurde: „Die V. O. betreffend die Polizeistunde v. 29. VIII. 1921 (G. V. Bl. S. 408) ist auf Grund des § 365 RStrGB. erlassen. Sie findet aber eine rechtliche Grundlage auch in Art. § 2 des Notgesetzes v. 24. II. 1923 (RGBl. S. 147)." Allerdings stimmen die Bestimmungen im Notgesetz (§ 2 Abs. 1 S. 3) und der V. O. v. 1921 insofern nicht völlig überein, als nach dem Notgesetz die Polizeistunde gleichmäßig[71] für alle Schankwirtschaften eines bestimmten Gemeindebezirks festzusetzen ist, während nach § 1 der V. O. die Polizeistunde im gleichen Gemeindebezirk für bestimmte Wirtschaftsgattungen verschieden geregelt werden kann. Insoweit die V. O. hier vom Notgesetz abweicht, ist sie als unwirksam zu erachten.

Nach § 2 des Notgesetzes, der den gleichen Rechtsstoff wie § 365 RStrGB. behandelt, nämlich Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften haben die zuständigen Landesbehörden[72] insbesondere Bestimmung zu treffen, wann die Polizeistunde beginnt und wann sie endet, unter welchen Voraussetzungen sie verlängert oder verkürzt werden darf und wie ihre Einhaltung zu überwachen ist. Dabei sind die betreffenden Behörden bei Erlaß ihrer Normen an keine andere Schranken gebunden, als an die aus dem Zwecke der Regelung des gast- und schankwirtschaftlichen Betriebs nach Eintritt der Polizeistunde sich ergebenden.[73] Zu beachten ist, daß, wie bereits erwähnt, die getroffenen Bestimmungen für alle Gast- und Schankwirtschaften eines Gemeindebezirks gleichmäßig zu gelten haben. Das Reich will in § 2 des Notgesetzes den Ländern lediglich Richtlinien geben, in der Erkenntnis, daß eine einheitliche Regelung für das ganze Reichsgebiet wegen der verschiedenartigen Verhältnisse wie sie in den einzelnen Teilen des Reichs, in den Städten, auf dem Lande und in Orten mit lebhaftem Fremdenverkehr bestehen, untunlich ist. Nachdem also reichsrecht-

---

[71] Diese Einschränkung läßt der Entwurf eines Schankstättenges. v. 1928 mit Recht wieder fallen, da die Möglichkeit bestehen muß, besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Der Entwurf eines Schankstättenges. v. 1923 hatte denn auch diese Bestimmung in der Erwägung, daß sie nur vorübergehend für Zeiten besonderer Not durchführbar sei, nicht aufgenommen; sie wurde erst vom Reichstag beim Erlaß des Notgesetzes angefügt.

[72] Für Preußen enthält die Min. E. v. 20. VI. 1923 Buchst. B (M. Bl. d. i. V. S. 701) eine eingehende Anweisung für die Handhabung der Polizeistunde. — Für Sachsen ist nach der sächs. Min. V. O. v. 15. VI. 1923 (Min. Bl. d. i. w. V. S. 132) die Festsetzung der Polizeistunde im Bedürfnisfall der Polizeibehörde überlassen.

[73] Pr. Kammerger. Entsch. v. 16. I. 1925 (D. J. Ztg. 1925 S. 82).

lich keinerlei Tatumstände ausgeschlossen sind, die zur Erfüllung der Voraussetzungen für eine Verkürzung oder Verlängerung der Polizeistunde nicht als geeignet angesehen werden könnten, so hat die zuständige Landesbehörde z. B. auch das Recht, eine einmalige rechtskräftige Bestrafung eines Wirtes wegen Ueberschreitung der Polizeistunde als ausreichenden Grund zu erachten, die Verkürzung der Polizeistunde für dessen Räumlichkeiten nicht nur auf die Zeit, sondern auch für die Dauer vorzuschreiben.[74] Verwaltungspolitisch dürfte jedoch eine derartig strenge Vorschrift in normalen Zeiten nicht zu billigen sein, da durch solche Maßnahmen auch der pflichtgetreue Teil der Wirtschaftsinhaber, denen bei bestem Willen auch einmal eine Uebertretung der Polizeistunde unterlaufen kann, infolge Schädigung ihres geschäftlichen Rufes zur Opposition gegen die Verwaltungsbehörden gereizt würde.

Die in § 2 des Notgesetzes den Behörden der Länder verliehene Befugnis, Bestimmungen über die Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften zu erlassen, wofür nach der Begründung des Entwurfs zu einem Schankstättengesetz von 1923 zu dem entsprechenden § 14 desselben nicht mehr wie bisher in einzelnen Ländern die Form der Polizeiverordnung erforderlich sein, vielmehr eine einfache Anordnung der zuständigen Behörde genügen soll, geht erheblich weiter wie die Bestimmung in § 365 RStrGB. Insbesondere umfaßt die neue Vorschrift auch das Geschlossenhalten der Schankräume während der übrigen Zeit für den Schankverkehr.[75] Damit ist die vom preuß. Kammergericht unter der Geltung des § 365 RStrGB. erfolgte Beanstandung der Gültigkeit einer derartigen Anordnung beseitigt.[76]

Nach der Fassung des § 2 Abs. 1 Notgesetz unterliegt auch nicht nur die Innehaltung der Polizeistunde durch die Gastwirte, sondern auch das Verhalten der Gäste, d. h. der Personen, deren Aufnahme und Verweilen in einem Gastwirtschafts- bezw. Schanklokal im Verfolg eines gewerbsmäßigen Betriebs erfolgte, in Bezug auf die Polizeistunde der Regelung durch die Landeszentralbehörde bezw. der von ihr ermächtigten Behörde. Wird daher von letzterer eine Bestimmung getroffen, wonach ein Gast, der nach Beginn der Polizeistunde in einer Gastwirtschaft verweilt, sich nach § 2 des Notgesetzes strafbar macht, so ist dieselbe rechtsgültig und der Gast

---

[74] s. Entsch. d. preuß. O. V. G. v. 17. XII. 1925 (deutsches Gew. Archiv Bd. 24 S. 41).

[75] s. Preuß. Kammerger. Entsch. v. 13. II. 1925 (D. J. Ztg. 1925 S. 971).

[76] Das Notgesetz hat jedoch die materiellrechtlichen Bestimmungen des § 365 RStrGB. weder aufgehoben, noch auch geändert.

strafbar und zwar — anders als nach § 365 Abs. 1 RStrGB. — auch ohne daß das Feierabendbieten durch den Gast- bezw. Schankwirt Bedingung wäre.[77] Durch die Bestimmungen über die Polizeistunde wird jedoch der Grundsatz der Versammlungsfreiheit nicht berührt. Es können daher Personen auch nach Eintritt der Polizeistunde zwecks gesellschaftlicher oder wissenschaftlicher usw. Unterhaltung in einem Gast- oder Schankwirtschaftslokal beisammen bleiben, ohne sich oder den Wirt strafbar zu machen.[78] Vorausgesetzt ist nur, daß sie auf den Genuß von Getränken verzichten, also nicht mehr Gäste im technischen Sinne sind. Dasselbe gilt für einen Gast, der bis zum Eintritt der Polizeistunde Schankgast, von da ab jedoch Privatgast ist. Wird eine Person nämlich nach Eintritt der Polizeistunde nicht aus geschäftlichen, sondern aus persönlichen Rücksichten unentgeltlich bewirtet, so wird sie dadurch zum Privatgast, ohne daß sie schon vorher vom Wirt dazu eingeladen zu sein braucht und unterliegt als solche der Polizeistunde nicht.

Für die Bahnhofwirtschaften und selbständigen Erfrischungshallen innerhalb und außerhalb der Bahnsteigsperre sind bezüglich der Einhaltung der Polizeistunde ebenfalls in den oben erwähnten Richtlinien[79] die näheren Bestimmungen getroffen. Hienach ist auch in ihnen der Ausschank von alkoholischen Getränken nach Eintritt der örtlichen Polizeistunde grundsätzlich verboten. Ausnahmen davon, die insbesondere für Bahnhöfe mit größerem Umsteigeverkehr anerkannt werden, wenn die örtliche Polizeistunde eine frühe ist und nach ihrem Eintritt noch stärkerer Zugverkehr stattfindet, können zwar von der Reichsbahndirektion im Einvernehmen mit der höheren Verwaltungsbehörde des betreffenden Landes zugelassen werden. Jedoch darf in jedem Falle der Wirtschaftsbetrieb frühestens eine Stunde vor dem Abgang des ersten Zuges geöffnet und nicht später als $\frac{1}{2}$ Stunde nach Abgang oder Ankunft des letzten Zuges geschlossen werden.

---

[77] s. Entsch. d. preuß. Kammerger. v. 24. VI. 1925 (Deutsches Gew.Archiv Bd. 23 S. 187). Siehe auch Entsch. d. Landger. Augsburg v. 2. IV. 1925 (D. Gew. Archiv Bd. 23 S. 47), sowie d. Entsch. d. Ob. L. G. Hamburg v. 6. XI. 1924, in der die vom selben Gerichtshof in der E. v. 28. III. 1924 (D. Gew. Archiv 23 S. 47) vertretene gegenteilige Auffassung aufgegeben wurde.

[78] s. Pr. Kammerger. E. v. 15. V. 1925 (D. Gew. Archiv Bd. 23 S. 189).

[79] s. S. 26 oben.

b) In Vereins- und geschlossenen Gesellschaftslokalen.

Der Gesetzgeber hat es für notwendig erachtet, in Abs. 2 S. 1 des § 2 Notges. die landesrechtlich getroffenen Bestimmungen über die Polizeistunde auch auf geschlossene Gesellschaften (Klubs usw.) für anwendbar zu erklären, soweit ihre Zusammenkünfte in einer Gast- oder Schankwirtschaft oder in Räumen statttfinden, die mit einer solchen in Verbindung stehen und zwar bei Zusammenkünften in Räumen der letztgenannten Art nur, soweit damit ein gast- oder schankwirtschaftlicher Betrieb verbunden ist. Die ihn beim Erlaß dieser Vorschrift leitende Anschauung, daß sich vor Erlaß des Notgesetzes sehr häufig geschlossene Gesellschaften gerade zum Zwecke der Umgehung der Polizeistunde gebildet haben, ließen ihn sogar in S. 2 des Abs. 2 soweit gehen, die Landesregierungen zu ermächtigen, die getroffenen Bestimmungen auch auf Räume zu erstrecken,[80] die im Eigentum geschlossener Gesellschaften stehen oder von ihnen ermietet sind. Die Bestrebungen des Gesetzgebers wurden durch die Erfahrungen der zuständigen Polizeibehörde bestärkt, denen der Nachweis, daß die Bildung zum Zwecke der Gesetzumgehung erfolgte und in Wahrheit gar keine Gesellschaft vorlag, meist nur sehr schwer gelang.

Für Bayern kommt auch hier die die Polizeistunde regelnde Verordnung v. 29. VIII. 1921, insbesondere deren § 3 zur Anwendung. Diese und das Notgesetz enthalten auch keine sich widersprechende Vorschriften. Handelt es sich z. B. um gesellige Vereine und geschlossene Gesellschaften, die in einem Wirtshaus einen von den allgemein zugänglichen Wirtschaftsräumen getrennten und ausschließlich für sie bestimmten Gesellschaftsraum besitzen, so sind dieselben nach beiden Gesetzesbestimmungen den Vorschriften über die Polizeistunde nur dann unterworfen, wenn derselbe einen Bestandteil der Räumlichkeiten der öffentlichen Wirtschaft bildet. Es kann nicht etwa auf Grund von § 3 Abs. 2 dieser V. O., durch den die Ortspolizeibehörden für berechtigt erklärt werden, geselligen Vereinen und geschlossenen Gesellschaften, welche in einem Wirtshaus einen von den allgemein zugänglichen Wirtschaftsräumen getrennten und ausschließlich für sie bestimmten Gesellschaftsraum besitzen, im Rahmen des § 2 der V. O. eine verlängerte Polizeistunde in widerruflicherweise zu bewilligen, die Auffassung vertreten werden, daß solche Räume an sich schon der Polizeistunde unter-

[80] Aber nur durch besondere, ausdrückliche Anordnung der zuständigen Behörde.

worfen seien. Diese Ansicht würde in offenem Widerspruch zu dem in § 3 Abs. 1 dieser V. O. aufgestellten Grundsatz stehen, daß derartige Vereine und Gesellschaften, die einen besonderen mit öffentlichen Wirtschaftsräumen nicht verbundenen Gesellschaftsraum besitzen, von der festgesetzten Polizeistunde überhaupt befreit sind. Der wesentliche Gegensatz zwischen den beiden Bestimmungen ist in dem Zusatz des Abs. 2 „in einem Wirtshaus" zu suchen. Der Umstand, daß im gleichen Haus ein Wirtschaftsbetrieb stattfindet, steht an sich der zulässigen Befreiung von der allgemein festgestellten Polizeistunde nicht entgegen. Die Worte in Abs. 2 „in einem Wirtshaus" können unmöglich die Bedeutung haben, daß die allgemeine Polizeistunde sich auf alle Gesellschaftsräume erstrecke, die sich in dem Gebäude befinden, vielmehr hat sich der Gesetzgeber dieser Worte nur in dem Sinne bedient, daß er hier Räume von geschlossenen Gesellschaften, die einen Bestandteil der öffentlichen Wirtschaft bilden, treffen wollte. Nur in dieser Einschränkung kann die Bestimmung in Abs. 2, daß Gesellschaften, die in einem Wirtshaus ein von den allgemein zugänglichen Wirtschaftsräumen getrenntes und ausschließlich für sie bestimmtes Gesellschaftslokal haben, an sich der allgemein festgestellten Polizeistunde unterworfen seien, aber im Rahmen des § der V. O. eine Verlängerung der Polizeistunde erhalten können, in Einklang mit dem Grundsatz des Abs. 1 des § 3 der V. O. gebracht werden.[81] Eine Erstreckung der allgemein festgesetzten Polizeistunde auf Räume, die im Eigentum geschlossener Gesellschaften stehen oder von ihnen ermietet sind, wie sie die reichsrechtliche Bestimmung des § 2 Abs. 2 S. 2 Notges. zuläßt, ist in Bayern und auch in anderen Ländern bis jetzt noch nicht erfolgt.[82] Was die zulässige Verlängerung der Polizeistunde im einzelnen Fall betrifft, so ist dieselbe in das freie Ermessen der zuständigen Behörde gestellt, wobei jedoch zu beachten ist, daß sie wie bisher so auch jetzt nur gültig ist, wenn sie durch schriftliche Verfügung erfolgt. Für Bayern sei an dieser Stelle auch noch erwähnt, daß die Polizeistunde, die gemäß § 1 Abs. 3 der V. O. v. 29. VIII. 1921 durch ortspolizeiliche Vorschrift äußerstenfalls bis 12 Uhr nachts, an Samstagen bis 1 Uhr morgens festgesetzt werden

[81] So in ständiger Rechtsprechung das bayer. Obst. L. G. s. Slg. Bd. 25 S. 23.

[82] Auch durch ein etwaiges Holen von Speisen und Getränken aus der im gleichen Anwesen betriebenen Wirtschaft in den mit den öffentlichen Wirtschaftsräumen nicht verbundenen Gesellschaftsraum wird eine Verbindung im Sinne des § 3 Abs. 1 der V. O. v. 29. VIII. 1921 nicht hergestellt. Es besteht daher in diesem Falle weder eine Berechtigung noch Verpflichtung des Gastwirtes in diesen Räumen Polizeistunde zu bieten.

konnte, nunmehr nach der Min. Bek. v. 11. VI. 1924 (Staatsanzeiger 134) in Gemeinden, in welchen die Bedürfnisse des Fremdenverkehrs es erfordern, durch ortspolizeiliche Vorschrift (Art. 6 bayer. Pol. Str. G. B.) an allen Tagen in der Woche auf 1 Uhr morgens ausgedehnt werden kann. Wenn dagegen das preußische Kammgericht[83] die Festsetzung einer besonderen Polizeistunde für Musikaufführungen und zwar auch dann, wenn dieselben in Gast- und Schankwirtschaften stattfinden, neben der Polizeistunde für Gast- und Schankwirtschaften für zulässig erklärt, so trifft diese Entscheidung jedenfalls die bayer. Verhältnisse nicht; denn das allgemeine Polizeiverordungsrecht des preuß. Rechts, dem im allgemeinen sich Schranken nur aus dem Wesen der Polizei ergeben, ist dem vom Grundsatz der Spezialität beherrschten bayerischen Polizeirecht fremd. Die dieser Entscheidung beigegebene Begründung, daß die Polizei sowohl allgemein verbindliche wie auch solche Anordnungen erlassen könne, die sich ausschließlich auf die Gewerbetreibenden beziehen, falls denselben dadurch nur der Gewerbetrieb nicht ganz oder fast unmöglich gemacht wird, ist daher jedenfalls für die bayerische Praxis nicht verwertbar. Besondere Bedeutung gewinnt die nach der z. Zt. geltenden Fassung des § 2 Abs. 2 Notges. bestrittene Frage, ob auch nicht gewerbsmäßige Betriebe unter diese Vorschrift fallen, insbesondere dann, wenn etwa eine Landeszentralbehörde von der ihr zustehenden Befugnis Gebrauch macht und die Bestimmungen über die Polizeistunde auch auf die in Abs. 2 S. 2 genannten Gesellschaften erstreckt; denn es würden davon im Falle der Bejahung auch die zahlreichen studentischen Verbindungshäuser und die Vereinshäuser, wie sie die größeren Vereine meist zu Eigentum besitzen, davon betroffen. Die Frage ist jedoch nach dem Wortlaut des Gesetzes zu verneinen und zwar aus folgenden Gründen: § 2 des Notgesetzes besagt nur, daß die oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Behörde Bestimmungen über die Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften zu erlassen habe. Nach Abs. 2 finden die Bestimmungen auch Anwendung auf geschlossene Gesellschaften (Klubs usw.) in einer Gast- oder Schankwirtschaft oder mit einer solchen in Verbindung stehenden Raume, soweit damit ein gast- oder schankwirtschaftlicher Betrieb verbunden ist. In jedem Fall wird also ein gast- oder schankwirtschaftlicher und somit ein gewerbsmäßiger Betrieb vorausgesetzt. Die Vorschriften des Abs. 2 S. 1 können nach Abs. 2 S. 2 von den Landesbehörden auch auf Räume

---

[83] s. E. v. 1. XII. 1925 (Deutsch. Gew. Archiv Bd. 23 S. 517).

von geschlossenen Gesellschaften usw. ausgedehnt werden, die in deren Eigentum stehen oder von ihnen ermietet sind. Wenn der Gesetzgeber diese letzterwähnten Räume auch in dem Falle der Polizeistunde hätte unterwerfen wollen, daß in ihnen ein gast- oder schankwirtschaftlicher Betrieb nicht stattfindet, so hätte dies im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, so kann nach dem allein maßgebenden Wortlaut des Gesetzes kein Zweifel darüber bestehen, daß auch im Falle des Abs. 1 Gewerbsmäßigkeit des Betriebes gegeben sein muß. Diese Voraussetzung liegt aber z. B. beim Betriebe eines studentischen Verbindungshauses, wenn die Verbindung die wirtschaftliche Leitung selbst führt, nicht vor. Es besteht jedenfalls dann keine Absicht der Gewinnerzielung, sondern nur die Erzielung einer Ersparnis, wenn die Verbindung das zum Ausschank auf ihrem Haus bestimmte Bier in größeren Gebinden angeschafft und dort zum Selbstkostenpreis einschließlich der Unkosten an die Mitglieder abgibt. Auch der dem Diener zufallende Aufschlag kann nicht zum Beweise der Gewerbsmäßigkeit herangezogen werden. Sie besteht weder auf Seiten des Dieners, weil er nicht selbständig das Gewerbe betreibt, sondern nur untergeordnete Dienste leistet, noch auf Seiten der Verbindung, weil ihre Absicht nicht auf Erzielung von Gewinn geht. Es handelt sich vielmehr nur um eine durch die Umstände gebotene Form üblicher Bezahlung für die Dienstleistungen.[84] Es ist daher insoweit richtig, wenn Dr. Eugen Joseph[85] der Anschauung ist, daß das oben erwähnte Urteil des bayer. Obst. L. G. v. 3. I. 1927 die Konzessionspflicht von geschlossenen Gesellschaften betreffend (§ 1 Abs. 6 des Notgesetzes) insofern zu dem eben zitierten Urteil des preuß. Kammergerichts (§ 2 Abs. 2 des Notgesetzes betreffend) in einem gewissen Gegensatz steht, weil im letzteren Fall auf Gewerbsmäßigkeit abgestellt ist, im ersteren dagegen nicht. Der von ihm an der erwähnten Stelle (J. V. 1927 S. 2861) gegebenen Anregung auf eine entsprechende Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen sucht denn auch der neue Schankstättengesetzentwurf von 1928 in § 23 Abs. 2 (s. auch Begründung hiezu) gerecht zu werden. Dies vermag jedoch an der Richtigkeit der beiden Entscheidungen nach der z. Zt. geltenden Fassung des Notgesetzes nichts zu ändern.[86]

---

[84] s. Entsch. des preuß. Kammerger. v. 11. VII. 1924 (D. J. Ztg. 1925 S. 120). [85] J. W. S. 2861.

[86] Für Zusammenkünfte von Vereinen usw. in Bahnhofwirtschaften s. für Bayern, auch die Min. Bek. v. 15. VII. 1927 (Staatsanz. Nr. 173) unter Buchst. B, Bemerkung zu I, 3 der Richtlinien.

§ 6.

Polizeiliche Befugnisse bei gesetzwidriger Ausübung des Gast- und Schankwirtschaftsbetriebs.

a) Mittelbarer und unmittelbarer Zwang.

Eine gesetzliche Grundlage für äußerst einschneidende und rasche Maßnahmen bei Ueberwachung des Gast- und Schankwirtschaftswesens bietet den zuständigen Polizeibehörden nunmehr § 3 des Notgesetzes. So kann nach Abs. 1 a. a. O., der insbesondere den § 15 Abs. 2 Gew.-O. wesentlich umgestaltet hat,[87] die Fortsetzung des Betriebs einer Gast- oder Schankwirtschaft durch unmittelbaren oder mittelbaren Zwang verhindert werden, wenn der Betrieb ohne Erlaubnis begonnen oder die Erlaubnis erloschen oder endgültig zurückgenommen ist. Dabei ist die Polizeibehörde nach dieser einen allgemeinen Grundsatz des Polizeiverwaltungsrechts wiedergebende Vorschrift nicht nur gegenüber jedem neu eröffneten, aber nicht konzessionierten Gast- oder Schankwirtschaftsbetrieb zur Verhinderung befugt, sondern auch gegenüber jedem durch ein wesentliches Abweichen oder Aenderung in der Anlage zu einem anderen gewordenen, solange die Konzession für den so geänderten Betrieb nicht nachgesucht und nicht erteilt worden ist. Unter Umständen kann die Polizeibehörde auch schon vor dem unmittelbar bevorstehenden Beginn eines beabsichtigten Gast- oder Schankwirtschaftsbetriebes, in Bayern gemäß Art. 102 bayer. A. G. z. Str. Pr. O., eine Verfügung nach § 3 Abs. 1 des Notgesetzes ergehen lassen, so z. B. bei öffentlicher Ankündigung eines unkonzessionierten Gewerbebetriebes. Naturgemäß fällt auch eine geschlossene Gesellschaft, deren Zusammenkünfte nicht in einer Gast- oder Schankwirtschaft oder mit einer solchen in Verbindung stehenden Raume stattfinden, wenn bei dieser Gelegenheit ein unkonzessionierter Ausschank betrieben wird, ebenso wie jeder andere Winkelausschank unter die Bestimmung des § 3 Abs. 1 des Notgesetzes.

Was die Art und Weise der Zwangsmaßnahmen betrifft, so sind die Polizeibehörden — da Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht — jedenfalls befugt, einen mangels der erforderlichen Genehmigung unerlaubten Betrieb zu „verhindern". Wie bisher, so kann die Poli-

[87] Dagegen hat für den Fall der unbefugten Fortsetzung oder Wiederaufnahme (s. Reger-Stöhsel Gew.-O. 7. Auflage. Anm. 2 zu § 15) eines untersagten Flaschenbierhandels (§ 35 Abs. 4 Gew.-O.) nach wie vor die Bestimmung in § 15 Abs. 2 unverändert zur Anwendung zu kommen.

zeibehörde daher auch jetzt nach § 3 Abs. 1 des Notgesetzes von der ihr in dieser Vorschrift eingeräumten Befugnis ohne weitere Berücksichtigung der Landesgesetzgebung insoweit Gebrauch machen, als der Zwangsvollzug unmittelbar in der Form der Einstellung des betreffenden Gewerbebetriebes durchgeführt werden soll (so z. B. Sperrung der Betriebsräumlichkeiten, Beseitigung des Firmenschildes, Versiegelung oder Beschlagnahme der Betriebsgeräte oder Vorräte). Der Hinweis auf die Zulässigkeit eines mittelbaren Zwanges soll dabei klar stellen, daß die Schließung eines ohne Erlaubnis begonnenen oder nach Zurücknahme bezw. Erlöschen der Erlaubnis fortgesetzten Betriebs neben den im § 4 des Notgesetzes angedrohten Kriminalstrafen auch durch Ordnungsstrafen[88] erzwungen werden kann. Welche Mittel die Polizeibehörde hiebei und bei Ueberwachung dieser Betriebe überhaupt im einzelnen Fall anwenden kann, richtet sich ebenso wie die Zuständigkeit zur Einschreitung, beim Mangel einer näheren reichsrechtlichen Regelung, nach landesrechtlichen Normen, jedoch stets unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der polizeilichen Anordnung. Unter Wahrung dieses Grundsatzes ist von dem in § 3 Abs. 1 Notges. zugelassenen physischen Zwang in der Praxis daher erst dann Gebrauch zu machen, wenn sich kriminelle oder Ungehorsamsstrafen als unwirksam erweisen. Niemals kommt es jedoch der Gewerbepolizeibehörde zu, zwangsweise einen Auftrag zu erteilen dahingehend, daß jemand binnen einer bestimmten Frist um die Erlaubnis nachzusuchen habe.[89] Für Bayern kommen als gesetzliche Grundlagen für die hier einschlägigen polizeilichen Maßnahmen insbesondere Art. 20 des bayer. Polizeistrafgesetzbuches v. 26. XII. 1871 (G. V. Bl. 1871/72 S. 9) sowie Art. 102 des bayer. A. G. z. Str. Pr. O. (G. V. Bl. S. 781) und § 5 der V. O. v. 29. III. 1892 (G. V. Bl. S. 61) mit verschiedenen Abänderungen in Betracht.[90]

Ob gegen die von der zuständigen Polizeibehörde angeordnete Zwangsmaßnahme Beschwerde zulässig ist, darüber enthält die Gew.-O. auch in ihrer jetzigen Fassung nach dem Notgesetz keine ausdrückliche Vorschrift, nachdem die früheren Bestimmungen, welche den an die Formen des § 20 und 21 Gew.-O. gebundenen

---

[88] Insbesondere Androhung von Geldstrafen und Haft.

[89] Kein sog. „Konzessionszwang".

[90] Für die preuß. Polizeibehörde gibt die V. O. d. pr. Min. des Innern für Handel und Gewerbe und für Volksw. v. 20. VI. 1923 unter Buchst. AII genaue Weisung, wann von ihnen die Fortsetzung des Betriebs einer Gast- oder Schankwirtschaft einerseits verhindert werden k a n n und anderseits verhindert werden m u ß.

Rekurs hier zugelassen hatten, beseitigt sind.[91] Es haben daher die auf Grund des § 15 Abs. 2 Gew.-O. erlassenen landesrechtlichen Vorschriften zur Anwendung zu kommen. Hienach besteht kein Zweifel, daß gegen die Verfügung der Polizeibehörde jedenfalls eine einfache (Aufsichts)beschwerde statthaft ist, welche in dem für Polizeisachen sonst vorgeschriebenen Verfahren verbeschieden wird, wobei jedoch zu beachten ist, daß nach dem Zwecke des Gesetzes der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommen kann. In Bayern ist hier gemäß Art. 31 des bayer. Gewerbegesetzes v. 30. I. 1868 (Bayer. G. Bl. 1866/69 S. 309) die Kreisregierung Kammer des Innern letztinstanziell zuständig, nachdem die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs jetzt ausgeschlossen ist.[92]

b) Vorläufige Schließung.

Eine für die Unterdrückung gemeinschädlicher Wirtschaftsbetriebe bedeutsame Neuerung hat der Abs. 2 des § 3 Notges. in Form der „vorläufigen Schließung" einer Gast- oder Schankwirtschaft gebracht, einer Maßnahme, die der Gew.-O. bis zum Erlaß des Notgesetzes vollkommen fremd war. Wie die Begründung zum Notgesetz bemerkt, so will der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift den Polizeibehörden eine wirksame Handhabe geben, um Mißstände, die sich insbesondere in den Großstädten herausgebildet haben, wirksam entgegentreten zu können. Hier haben nämlich häufig Gast- und Schankwirte, die gegen ihre Berufspflichten gröblich verstoßen haben und gegen die aus diesen Gründen ein Verfahren auf Konzessionsentziehung eingeleitet war, es verstanden, dieses Entziehungsverfahren in die Länge zu ziehen. Sie waren daher oft noch Jahre lang in der Lage, bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dem Konzessionsentziehungsverfahren die Wirtschaft weiter zu führen.

Diese vorläufige Schließung gemäß § 3 Abs. 2 des Notgesetzes, bei der es sich um Fälle handelt, in welchen die Betriebsinhaber zwar die Konzession besitzen, denen sie aber aus Gründen mangelnder Zuverlässigkeit wieder entzogen werden soll, ist wohl zu unterscheiden von Abs. 1 a. a. O., der Betriebe im Auge hat, denen es an der zur Ausübung erforderlichen Erlaubnis überhaupt mangelt. Ist die Schließung nämlich nicht eine solche nach Abs. 1 des § 3 Notges., sondern auf Grund des Abs. 2, so darf die zuständige Poli-

---

[91] Seit der Novelle v. 1. VII. 1883.

[92] s. auch Entsch. des bayer. V. G. H. v. 20. VI. 1924 (Reger Bd. 44 S. 289).

zeibehörde die Schließung einer mit vorschriftsmäßiger Erlaubnis betriebenen Gast- oder Schankwirtschaft nur vorläufig anordnen, d. h. vorbehaltlich der Vorabentscheidung der unverzüglich[93] mit der Klage auf Zurücknahme der Schankerlaubnis anzugehenden zuständigen[94] Behörde über die endgültige Schließung; denn dem Gast- bezw. Schankwirt, dem durch die ordnungsmäßig erteilte Erlaubnis ein Recht zum Betriebe erwächst, ohne jede andere Beschränkung als diejenigen, die sich aus seiner Erlaubnis und den allgemeinen für jedermann geltenden Gesetzen und Bestimmungen sowie aus den die Ausübung des Gast- und Schankgewerbes regelnden besonderen Vorschriften ergeben, kann dieses Recht nur im Wege der Klage auf Zurücknahme der Schankerlaubnis durch den Verwaltungsrichter, nicht aber durch einfache Polizeiverfügung genommen werden. Der einstweilige Charakter der Schließung muß dem Betroffenen gegenüber in der Verfügung auch klar zum Ausdruck kommen. Geschieht dies nicht, ist vielmehr die Verfügung als eine die dauernde Schließung aussprechende, regelmäßig[95] der Polizeibehörde als solcher nicht gestattete Anordnung anzusehen, so findet gegen sie der gewöhnliche nach Landesrecht geregelte Rechtsmittelzug statt und der Verwaltungsrichter ist dann nicht befugt, sie in eine vorläufige Anordnung umzuwandeln, vielmehr hat er sie in vollem Umfang aufzuheben[96] (falls nicht ein polizeilicher Notstandsfall vorliegt).

Die vorläufige Schließung, die nach dem Gesetz angeordnet werden kann, wenn die zuständige Behörde aus dem Verhalten des Inhabers der Erlaubnis die Ueberzeugung gewinnt, daß die Zurücknahme der Erlaubnis gerechtfertigt ist, soll, wie aus dem Wörtchen „klar" in § 3 Abs. 2 S. 1 des Notgesetzes erhellt, nur in jenen Fällen angeordnet werden, in welchen aus den vorliegenden Tatumständen mit ziemlicher Sicherheit auf die endgültige Zurücknahme der Erlaubnis gerechnet werden kann. Mit der Bestimmung des Abs. 2 S. 1 soll nämlich auch verhindert werden, daß Inhaber von

---

[93] Tatfrage; jedoch gibt der neue Schankstättenges.-Entw. v. 1928 begrifflich eine zeitliche Beschränkung dahin, daß die Zurücknahme der Erlaubnis innerhalb 1 Woche seit der vorläufigen Schließung zu erfolgen habe, widrigenfalls letztere außer Kraft trete.

[94] In Bayern Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 24 Abs. 2 der V. O. v. 29. III. 1892. Ist die die vorläufige Schließung aussprechende Behörde selbst zur Zurücknahme der Erlaubnis zuständig, z. B. der Stadtrat in einer unmittelbaren bayer. Stadt, so hat sie selbst ohne Verzug das Verfahren einzuleiten und vorab zu entscheiden.

[95] Ausnahme in Notstandsfällen (z. B. Aufruhr usw.).

[96] s. Entsch. des pr. O. V. G. v. 10. IV. 1924.

Gast- oder Schankwirtschaften, die durch Handlungen oder Unterlassungen ihre Unzuverlässigkeit deutlich bewiesen haben, auch nur einen Tag länger das ihnen von der Behörde entgegengebrachte Vertrauen durch Fortsetzung des Betriebes bis zur endgültigen Entscheidung im Entziehungsverfahren mißbrauchen. Bevor jedoch die für die Entscheidung über die endgültige Zurücknahme der Konzession in 1. Instanz zuständige Behörde hierüber Beschluß faßt, hat sie zunächst über die vorläufige Schließung der Polizeibehörde eine Vorabentscheidung zu treffen. Für die Bestätigung der vorläufigen Schließung wird es hiebei genügen, wenn hinreichender Verdacht besteht, daß einer der Gründe vorliegt, der die Zurücknahme der Erlaubnis begründet. Eine förmliche Beweiserhebung wird in der Regel nicht erforderlich sein. Die Vorabentscheidung greift der Entscheidung im Entziehungsverfahren auch nicht vor, so daß die Zurücknahme der Erlaubnis im Entziehungsverfahren auch dann ausgesprochen werden kann, wenn die vorläufige Schließung durch die Vorabentscheidung etwa aufgehoben würde.

Die Frage, ob gegen die Vorabentscheidung ein Rechtsmittel und welches zulässig ist, hat bereits einige oberste Gerichtshöfe beschäftigt, die jedoch in ihren Erkenntnissen zu ganz verschiedenen Ergebnissen gelangt sind. So hat das preußische Oberverwaltungsgericht, dessen Ansicht uns als die richtige erscheint, in seiner Entscheidung vom 28. I. 1926[97] die Zulässigkeit jeden Rechtsmittels grundsätzlich abgelehnt, während der badische Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12. VII. 1923[98] ebenso wie gegen die Entziehung der Erlaubnis, so auch gegen die Vorabentscheidung gemäß § 3 Abs. 2 S. 3 des Notgesetzes das verwaltungsrechtliche Verfahren zulassen will. Mit dem preußischen O. V. G. gehen wir insbesondere davon aus, daß das Notgesetz selbst keine Bestimmung über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen die Vorabentscheidung enthält. Es ist auch nichts über die Form erwähnt, in welcher letztere zu ergehen hat, so daß auch hieraus keine Schlüsse auf die etwaige Zulässigkeit eines Rechtsmittels gezogen werden können. Es könnte nur in Frage kommen, ob nicht etwa auch auf eine „vorläufige" Schließung gemäß § 3 Abs. 2 des Notgesetzes dieselben Vorschriften anwendbar sind, wie für ein Verfahren, das sich früher auf § 53 Gew.-O. stützte, nachdem durch §§1 und 3 des Notgesetzes die gemäß §§ 53, 33 Gew.-O. bestehenden Eingriffsmöglichkeiten gegen den Mißbrauch der Schankerlaubnis

---

[97] s. Entscheidungen des preuß. O. V. G. Bd. 80 S. 376.
[98] s. preuß. Verwaltungsblätter Bd. 48 S. 210.

lediglich abgeändert und verschärft wurden. Das ist jedoch nicht der Fall, da die prozessualen Vorschriften der §§ 20 und 21 Gew.-O. nur auf den über die Frage der Zurücknahme der Erlaubnis befindenden die Instanz abschließenden Bescheid passen, nicht aber auf einen nur über die vorläufige Schließung befindenden. § 21 Gew.-O. bestimmt lediglich, daß die näheren Bestimmungen über die Behörden und das ganze bei der Zurücknahme einer Gast- oder Schankwirtschaftserlaubnis zu beachtende Verfahren, sowohl in der ersten als auch in der Rekursinstanz den Landesgesetzen nach Maßgabe der in S. 2 des § 21 Gew.-O. vorgesehenen Schranken vorbehalten sind. Dagegen kann weder aus § 20 noch aus § 21 S. 2 Gew.-O. geschlossen werden, daß auch gegen die durch das Notgesetz neu eingeführte Maßnahme der vorläufigen Schließung dasselbe Rechtsmittel unter denselben Bedingungen zulässig sein sollte, wie gegen die endgültige Schließung der 1. Instanz. Da die über die vorläufige Schließung zu treffende Vorabentscheidung ferner weder ein Endurteil noch ein Zwischenurteil, sondern ein der einstweiligen Verfügung des Zivilprozesses ähnliche besondere Art des Verfahrens ist, bei der es sich um die einstweilige Regelung eines Zustandes handelt, so muß auch aus diesem Grunde die Zulässigkeit einer selbständigen Beschwerde verneint werden. Für die Endgültigkeit der Vorabentscheidung spricht insbesondere auch die Tatsache, daß dieselben Vorgänge, welche die zur Zurücknahme der Erlaubnis zum Betriebe einer Wirtschaft zuständige Behörde bestimmen, nach Abs. 2 S. 3 a. a. O. die vorläufige Schließung zu bestätigen, in der Regel auch die die Zurücknahme der Erlaubnis aussprechende Entscheidung begründen, da ja die vorläufige Schließung nach dem Gesetz nur in ganz klar liegenden Fällen der Unzuverlässigkeit angeordnet werden soll. Diese letzteren Gründe erkennt zwar auch der badische V. G. H. an, hält sie jedoch gleichwohl nicht für durchschlagend, sondern nimmt, wenn auch nicht auf Grund der §§ 53, 54 Gew.-O., sondern auf Grund des § 4 Abs. 1 Zff. 1 des badischen V. R. Pfl. Ges. die Zulässigkeit eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens an und zwar deshalb, weil die vorläufige Schließung eine polizeiliche Verfügung im Sinne dieser Bestimmung darstelle. Es ist zwar nicht daran zu zweifeln, daß durch die durchgreifende Umgestaltung der badischen Verwaltungsrechtspflege durch das Gesetz v. 14. VI. 1884, die Verwaltungsrechtspflege betreffend (G. und V. O. Bl. S. 29) die Zuständigkeit der badischen Verwaltungsgerichte erheblich erweitert wurde und in starker Anlehnung an das preußische Muster der Verwaltungsrechtsweg vor allem auch zur Sicherung des individuellen Freiheitskreises gegenüber der Staatsgewalt, insbesondere

zum Schutze gegen polizeiliche Verfügungen, eröffnet wurde. Ein derartiges Zurückgreifen auf landesrechtliche Bestimmungen erscheint uns jedoch gegebenenfalls — auch entgegen der vom preußischen O. V. G. vertretenen Anschauung — als nicht zulässig und zwar aus folgenden Gründen: Es besteht nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Notges. kein Zweifel, daß in ihm selbst die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen die Vorabentscheidung nicht vorgesehen ist. Daraus allein kann jedoch auf die Zulässigkeit des Rückgriffs auf landesrechtliche Beschwerdebestimmungen noch nicht geschlossen werden; denn es kann unter Umständen, wie es auch hier der Fall ist, aus dem Schweigen des Gesetzgebers und unter Beachtung des Grundsatzes, daß Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht, der notwendige Schluß auf ein Verbot jeglichen Rechtsmittels zu ziehen sein. Daß letzteres hier der Fall ist, ergibt sich aus folgender Erwägung. Da die Entscheidung über die Zurücknahme der Erlaubnis im Hinblick auf § 54 Gew.-O. nicht als endgültig angesehen werden kann, so würde die Zulassung von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung nach § 3 Abs. 2 S. 3 des Notgesetzes in vielen Fällen dazu führen, daß der von der Verfügung Betroffene vor die vom Gesetzgeber sicher nicht gewollte Notwendigkeit gestellt würde, zwei, durch keine erheblichen Zeiträume getrennte Rechtsmittelverfahren zu betreiben, in welchen über dieselben Tatumstände und mit ähnlichen rechtlichen Folgen zu entscheiden wäre. Es ist nämlich nicht so, daß, wenn in dem Verfahren über die Vorabentscheidung zu Gunsten des von der polizeilichen Verfügung Betroffenen erkannt wird, das Verfahren über die Zurücknahme der Erlaubnis etwa gegenstandslos würde; vielmehr bliebe der Beschwerdeführer nach wie vor bis zur endgültigen Entscheidung über die Zurücknahme im Ungewissen. Würde sodann die Erlaubnis in dem später ergehenden Erkenntnis über die Zurücknahme entzogen, so würde aber, falls bezüglich der Vorabentscheidung zu Gunsten des Beschwerdeführers erkannt worden wäre, lediglich ein Hinausschieben der Befugnis herbeigeführt, ein Erfolg, den aber gerade die Bestimmung des Notgesetzes verhindern will. Wenn der badische V. G. H. des weiteren besonderes Gewicht darauf legt, daß die Entscheidung, daß eine Wirtschaft zu schließen sei — falls sie endgültig wäre — ohne Nachprüfung auch für das Rechtsmittelverfahren über die Zurücknahme der Erlaubnis zum Wirtschaftsbetrieb wirksam wäre, und dies auch dann gewesen wäre, wenn etwa die Entscheidung über die Zurücknahme der Erlaubnis im Rechtsmittelverfahren aufgehoben würde, so übersieht er dabei völlig, daß ja die ganz gleiche Situation auch dann entstehen könnte, wenn die über die Vorabentscheidung

ergangene und dieselbe bestätigende Beschwerdeentscheidung[99] rechtskräftig geworden ist, anderseits aber die Entscheidung über die Zurücknahme eine Entziehung der Erlaubnis erst später rechtskräftig ablehnt. Es wäre auch im Ergebnis höchst unbillig, wenn ein Gastwirt des einen Landes sich gegen eine auf Grund reichsrechtlicher Vorschrift getroffene Maßnahme zur Wehr setzen könnte, der eines anderen Landes dagegen nicht. Insoweit auch das preuß. Oberverwaltungsgericht eine Untersuchung nach der Möglichkeit einer landesrechtlichen Beschwerde für zulässig erachtet, muß dessen Entscheidung ebenfalls abgelehnt werden. Der badische Verwaltungsgerichtshof geht bei seiner Entscheidung übrigens noch von dem unrichtigen Standpunkt aus, daß es seine Untersuchung nach der Zulässigkeit einer Verwaltungsrechtsbeschwerde gegen eine „polizeiliche Verfügung" anstellt, um die es sich im vorliegenden Fall aber gar nicht handelt, sondern um die vom Notgesetz ganz neu eingeführte und auch dem badischen Verwaltungsrecht bisher nicht bekannte „Vorabentscheidung". Es muß daher mit dem preuß. O. V. G. kraft der besonderen juristischen Natur dieser Vorabentscheidung an deren Endgültigkeit festgehalten werden.[100] Für Bayern könnte übrigens selbst für den Fall, daß die Beschwerde sich gegen eine polizeiliche Verfügung richten würde und ein Rückgriff auf landesrechtliche Bestimmungen zulässig wäre, eine verwaltungsrechtliche Beschwerde nach dem vom Enumerationsprinzip beherrschten bayer. Verwaltungsgerichtsgesetz v. 8. VIII. 1878 (G. V. Bl. S. 369) schon deshalb nicht Platz greifen, weil es an einer entsprechenden Bestimmung in diesem Gesetz mangelt.[101] Die Frage, ob eine einfache Aufsichtsbeschwerde möglich ist, hat beim Fehlen einer aufschiebenden Wirkung derselben jedenfalls praktisch keine Bedeutung, dürfte jedoch auch theoretisch zu verneinen sein.

c) Zurücknahme der Erlaubnis.

Die einschneidendste Maßnahme bei Ueberwachung des Gast- und Schankwirtschaftsgewerbes trifft das Gesetz ohne Zweifel mit der Möglichkeit der Zurücknahme der Erlaubnis in § 3 Abs. 3 des Not-

[99] Die Zulässigkeit angenommen.

[100] Eine jeden Zweifel ausschließende Beseitigung der eben behandelten Streitfrage sucht der neue Schankstättenges.-Entw. v. 1928 in seinem § 22 Abs. 2 S. 5 herbeizuführen, indem er ausdrücklich bestimmt, daß gegen die auch von ihm beibehaltene „Vorabentscheidung" kein Rechtsmittel stattfindet.

[101] s. auch Entscheidung des bayer. V. G. H. v. 7. X. 1927: Nach bayer. Recht können im allgemeinen Polizeiverfügungen beim V. G. H. nicht angefochten werden.

gesetzes, der dem § 53 Abs. 2 Gew.-O. entspricht und denselben ergänzt, soweit letzterer auf § 33 Gew.-O. Bezug nimmt. Es handelt sich hier um den Widerruf einer auf Grund einer Konzession zu Recht bestehenden Wirtschaftserlaubnis von Amtswegen, der jedoch nicht durch einseitige formlose Zurücknahme seitens der Gewerbepolizeibehörde erfolgen kann, sondern nur in dem hiefür besonders vorgesehenen Verfahren der §§ 54, 20, 21 Gew.-O., da es sich um die Beseitigung eines subjektiven Gewerberechts handelt. Damit bekennen wir uns bezüglich der rechtlichen Natur der Gewerbepolizeierlaubnis überhaupt und der Wirtschaftserlaubnis im Besonderen unter Ablehnung des von Seydel,[102] Laband[103] und Otto Mayer[104] vertretenen Standpunktes, zu der von Georg Meyer,[105] Rehm,[106] Georg Jellinek,[107] Walter Jellinek,[108] v. Laun[109] und insbesondere Bühler[110] vertretenen Theorie, daß die durch die Gewerbepolizeierlaubnis gewonnene Zulassung zum Gewerbebetrieb ein durch diese Erlaubnis verliehenes Recht und zwar öffentlich rechtlichen Charakters begründe.

Die neue Bestimmung des § 3 Abs. 3 des Notgesetzes ist aber nicht an die Stelle des § 53 Abs. 2[111] Gew.-O. getreten, der im Notgesetz überhaupt nicht erwähnt ist, sondern ist nur zum S. 1 der letzteren Vorschrift hinzugetreten,[112 113] indem sie bestimmt, daß die Erlaubnis durch die zuständige Behörde zurückgenommen werden kann, wenn Tatsachen eintreten, welche die Versagung der Erlaubnis nach § 1 Abs. 3 Zff. 1 rechtfertigen würden. Daraus ist auch unzweideutig zu entnehmen, daß es auf keinen Fall zulässig ist, bei der Entscheidung lediglich gerüchtweise Kenntnis zur Grundlage des Verfahrens zu machen, es müssen vielmehr bestimmte Handlungen oder Unterlassungen des Trägers der Erlaubnis mit

---

[102] s. Bayer. Staatsr. V 661, 2. A. III 410.

[103] Staatsrecht des deutschen Reichs 5. Auflage III S. 207 Anm. 1.

[104] Deutsches Verwaltungsrecht 2. Auflage Bd. I § 22 S. 249 ff, insbes. S. 263 Anm. 28.

[105] Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I S. 87.

[106] Abhandlung über die rechtliche Natur der Gewerbekonzession. Jedoch unter Ablehnung der von Rehm auch angenommenen privatrechtlichen Natur der Gewerbskonzession.

[107] System der subj. öffentlichen Rechte 2. Auflage 1905 S. 110.

[108] Der fehlerhafte Staatsakt S. 22 ff.

[109] Das Recht zum Gewerbebetrieb. Wien 1908 S. 25—27, 80 ff.

[110] Die subj. öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Stuttgart 1914.

[111] wie d. preuß. O. V. G. in seiner Entsch. v. 31. I. 1924 annehmen will.

[112] s. v. Landmann Gew.-O. 8. Auflage S. 656.

[113] ohne auch an deren Abs. 1 etwas zu ändern.

voller Sicherheit festgestellt sein und den Mangel der erforderlichen Eigenschaft erkennen lassen. Die bloße Feststellung einer Handlung oder Unterlassung in einem etwaigen Strafverfahren kann von der Verwaltungsbehörde bezw. dem Verwaltungsrichter als bloßer sog. juristischer Gewißheit nicht als ausreichend zu einer Entziehung angesehen werden, da der Verwaltungsrichter auch an die Feststellung im Strafverfahren in keiner Weise gebunden ist. Er hat vielmehr selbständig zu prüfen und vollkommen sicher festzustellen, ob er aus den ihm selbst bekannt gewordenen Tatsachen die Ueberzeugung gewinnt, daß es dem Betriebsinhaber an den erforderlichen Eigenschaften mangelt.

Jeden Zweifel ausschließend bringt § 3 Abs. 3, der in seiner Fassung dem die vorläufige Schließung behandelnden Abs. 2 a. a. O. ähnlich ist, nunmehr auch klar zum Ausdruck, daß für die Entziehung der Erlaubnis nur die persönliche Qualifikation des Wirtes, nicht aber auch die Beschaffenheit der sachlichen Betriebsmittel, wie es das preuß. O. V. G. unter der Geltung des § 53 Gew.-O. früher längere Zeit angenommen hatte,[114] in Betracht zu ziehen ist. Im Gegensatz zu Abs. 2 des § 3 Notges. läßt der Wortlaut des Abs. 3 a. a. O. als die Zurücknahme der Erlaubnis begründend auch die Berücksichtigung unverschuldeter Tatumstände, z. B. eintretenden Schwachsinn, zu.

Da durch die Aenderung[115] des § 33 Gew.-O., wie oben bereits dargelegt, an die Personen, welche um die Erlaubnis zum Gast- oder Schankwirtschaftsbetrieb nachsuchen, wesentlich schärfere Anforderungen gestellt wurden, als in den bis dahin geltenden Bestimmungen, so war die Vorschrift des § 3 Abs. 3 insbesondere deshalb notwendig, um den verschärften Versagungsgründen des § 1 Abs. 3 Zff. 1 des Notgesetzes eine Rückwirkung auf die vor dem Notgesetz konzessionierten Gast- und Schankwirtschaften, Vereine usw. zu sichern. In der Begründung zum Notgesetz (R.T.V. 1920/23 Drucks. Nr. 5535) ist hiezu auch folgendes bemerkt: „Es kann zweifelhaft erscheinen, ob die in § 1 Abs. 3 Zff. 1 des Entwurfs vorgesehenen Verschärfungen der Anforderungen, die an die persönliche Zuverlässigkeit des um die Konzession Nachsuchenden gestellt werden, ohne weiteres die entsprechende Rückwirkung auf die Möglichkeit einer Konzessionsentziehung äußern. § 53 Abs. 2 Gew.-O. knüpft die Zulässigkeit der Zurücknahme der Konzession an die Voraussetzung, daß aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel derjenigen Eigenschaften, welche bei Erteilung

[114] s. Reger Bd. 18 S. 21.
[115] Durch das Notgesetz.

der Genehmigung nach der Vorschrift der Gew.-O. vorausgesetzt werden mußten, klar erhellt. Die Notwendigkeit einer sofortigen Rückwirkung der in dem Entwurf vorgesehenen Verschärfungen bedarf aber keiner weiteren Ausführung. Zur Vermeidung rechtlicher Bedenken empfahl sich daher die Aufnahme der in Rede stehenden Vorschrift in den Entwurf." Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe zeigt jedoch, daß trotz dieser Ausführungen in der Begründung zum Entwurf des Notgesetzes bezüglich der Art und Weise der Rückwirkung keine einheitliche Auffassung besteht. Während nämlich das preuß. O. V. G.[116] und vermutlich auch der bayer. V. G. H.[117] aus der auf eine Reinigung des Wirtsgewerbes gerichteten Absicht des Notgesetzes die Folgerung ziehen, daß auch die Tatumstände, welche zwar vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten waren, aber erst darnach die Grundlage einer rechtlichen Entscheidung bildeten, nach seinen Bestimmungen zu beurteilen sind, vertritt der badische Verwaltungsgerichtshof[118] und das sächsische Oberverwaltungsgericht[119] unter Berufung auf § 1 Abs. 2 Gew.-O. die Anschauung, daß die Erlaubniszurücknahme nach § 3 Abs. 3 des Notgesetzes nur auf Tatsachen gestützt werden könne, die sich nach dem Inkrafttreten des Notgesetzes ereignet haben. Die aus der Zeit vor dem Notgesetz stammenden Verfehlungen dürften zwar zur Würdigung herangezogen werden, könnten jedoch niemals für sich allein die Grundlage für eine Zurücknahme der Erlaubnis nach § 3 Abs. 3 des Notgesetzes bilden. Zur Beurteilung der Frage, welche der beiden Anschauungen die richtige ist, ist folgendes zu bemerken.

Die Entstehungsgeschichte des Notgesetzes ergibt, daß eine Rückwirkung des Notgesetzes nicht in dem Sinne beabsichtigt war, die Entziehung auch auf Grund solcher vor dem Inkrafttreten des Notgesetzes eingetretener Tatsachen zuzulassen, welche jetzt dazu ausreichen würden, nach den bisherigen Vorschriften aber nicht genügten. Die Rückwirkung, die mit der neuen Bestimmung in § 3 Abs. 3 Notges. sicher gestellt werden sollte, war vielmehr die, unter Ausschließung des in § 1 Abs. 2 Gew.-O. aufgestellten Grundsatzes der Nichtrückwirkung, die Anwendung der neuen Vorschriften auch auf früher erteilte Genehmigungen klar zu stellen und zu verhüten, daß bei ihnen die Entziehung auch nach dem Inkrafttreten des Not-

---

[116] s. Entsch. v. 31. I. 1924 (P. V. Bl. 45 S. 434), v. 13. XI. 24 (G. Archiv 22 S. 425), v. 6. VII. 1925 (P. V. Bl. 47 S. 192) und v. 12. XI. 25 (G. Archiv 23 S. 442).

[117] Entsch. v. 26. X. 1923 (Reger Bd. 44 S. 165).

[118] Entsch. v. 1. III. 1924 (D. J. Ztg. 1924 S. 919).

[119] Entsch. v. 23. X. 1924 (Reger Bd. 47 S. 4).

gesetzes nur wegen solcher Tatsachen für zulässig erachtet würde, die zur Zeit ihrer Erteilung die Versagung der Erlaubnis gerechtfertigt haben würden. Für diese Auslegung spricht zweifellos, wie auch vom preuß. O. V. G. anerkannt wird, der Wortlaut des Gesetzes, der sich nicht der perfektischen, sondern der präsentischen bezw. futurischen Zeitform bedient („wenn Maßnahmen eintreten"). Da, wie oben dargelegt, § 3 Abs. 3 des Notgesetzes den § 53 Abs. 2 Gew.-O. nicht beseitigt hat, so daß letztere Vorschrift weiterhin Geltung besitzt, so besteht auch nicht etwa ein vacuum des Gesetzes für die vor dem Notgesetz liegenden Tatbestände. Letztere sind vielmehr auch jetzt nach dem bisherigen § 53 Abs. 2 zu beurteilen.[120] Die gegenteilige Auffassung, die den strengeren Maßstab des § 33 Gew.-O. in seiner neuen Fassung auch auf die dem Wirt vor dem 27. II. 1923 zur Last fallenden Verfehlungen angewendet wissen will, würde auch zu sehr unbilligen Ergebnissen führen, die vom Gesetzgeber sicher nicht gewollt waren. Daß die Zurücknahme nicht auf Tatsachen aus der Zeit vor der Erlaubniserteilung gestützt werden kann — den Fall unrichtiger Nachweise ausgenommen —, darüber besteht naturgemäß völlige Uebereinstimmung.

Bemerkt sei an dieser Stelle, daß im Hinblick auf § 48 Gew.-O. dem Besitzer eines Realrechts wie bisher nur die Befugnis zur persönlichen Ausübung[121] des Gewerbes, nicht aber die Berechtigung zur Uebertragung der Ausübung seines Gewerberechtes an eine andere befähigte Person entzogen werden kann.

Hervorzuheben ist des weiteren, daß die Entziehung der Erlaubnis mit dem hiefür besonders vorgesehenen Verfahren nur in solchen Fällen möglich und notwendig ist, in welchen ein eigentliches Recht auf den Wirtschaftsbetrieb, also der dauernde rechtmäßige Besitz desselben vorliegt, nicht aber bei der bloß stellvertretungsweisen Wirtschaftsausübung, in welchem Fall eine nur formlose Zurücknahme möglich und ausreichend ist.

Die Frage, ob die Zurücknahme der Erlaubnis beim Vorliegen der hiefür vorgesehenen gesetzlichen Voraussetzungen Pflicht- oder Ermessenssache der Behörde ist, muß auch nach dem Notgesetz wie nach § 53 Gew.-O. im letzteren Sinne beantwortet werden. Dafür spricht zweifellos der Wortlaut, den die Gesetzesbestimmung erhalten hat, indem für sie die Form einer „Kann"- und nicht einer „Muß"vorschrift gewählt wurde. Die von dem neuen Entwurf eines

[120] Falls sie für sich allein den Gegenstand des Verfahrens bilden.

[121] Die er neben der dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeit für seine Person benötigt.

Schankstättengesetzes von 1928 in § 12 Abs. 1 Zff. 1 und 2 a. a. O. im Falle des Vorliegens der dort genannten Voraussetzungen den Verwaltungsbehörden zur Pflicht gemachte Entziehung der Erlaubnis kann jedenfalls verwaltungspolitisch nicht gebilligt werden; denn dieser Versuch einer Abänderung der bisherigen Rechtsübung muß als eine große Härte für die Träger einer Wirtschaftserlaubnis, die sich vielleicht jahrzehntelang nicht das Geringste haben zu Schulden kommen lassen, angesehen werden, wenn nunmehr die Gewerbepolizeibehörden gehalten sein sollten, wegen eines einzigen Verstoßes — auch bei innerem Widerstreben — solche Konzessionen zu entziehen. Daraus kann nicht nur eine empfindliche Bedrückung eines sonst zuverlässigen Wirtes, sondern auch schwerwiegende Verstöße gegen öffentliche Interessen entstehen. Wie auf anderen Gebieten, so muß auch hier der mit der Gewerbepolizei betrauten Behörde die Möglichkeit gegeben sein, in sorgfältiger aber freier Beurteilung die Frage zu entscheiden, ob die von ihrer Tätigkeit erwartete Förderung des wirtschaftlichen Wohls der Allgemeinheit mit Notwendigkeit eine Entziehung der Erlaubnis erfordere oder nicht. Die in der Begründung angeführte Bemerkung, daß nach der gemachten Erfahrung von der in den bisherigen Bestimmungen gegebenen Befugnis nicht genügend Gebrauch gemacht worden sei, vermag die Aufstellung derart scharfer und zwingender Maßnahmen nicht zu rechtfertigen, da ja auch die vorgesetzten Behörden jederzeit im Dienstaufsichtswege in der von ihnen für gut befundenen Weise einzuwirken vermögen.

Die in § 3 des Notgesetzes vorgesehenen polizeilichen Maßnahmen stehen auch keineswegs in Widerspruch zur heutigen Rechtsüberzeugung. Denn es ist ein zwar ungeschriebener, aber allgemein anerkannter, festbegründeter Rechtssatz, daß die grundsätzliche Freiheit der Person und des Eigentums nur soweit geht, daß aus dem Verhalten einer Person oder aus dem Zustand ihres Besitztums keine Gefahr und Unzuträglichkeit für die Allgemeinheit entstehen darf. Diese Schranke bildet die notwendige Grenze der rechtlichen Befugnisse, welche die persönliche Freiheit sowohl als auch die des Besitzes gewähren. Wird diese vom Gesetzgeber meist — wie auch hier — genau vorgeschriebene Grenze und damit das Recht überschritten, so steht dem Rechtsüberschreiter gegen die von der Polizeibehörde in Ausübung ihrer gesetzlichen Vollmacht getroffenen Anstalten auch kein Entschädigungsanspruch wegen der erlassenen Verfügungen zu.[122] Anders natürlich dann, wenn die, eine

[122] Aus dem Fehlen einer die Entschädigungsansprüche ausschließen-

Person (z. B. Betriebsinhaber) in ihrem Vermögen schädigende, polizeiliche Maßnahme ungerechtfertigt ist und der erlassenden Behörde ein Verschulden gemäß § 839 BGB. vorgeworfen werden kann. Im letzteren Fall ist zu beachten, daß nach der dem Art. 131 Reichsverfassung v. 11. VIII. 1919 (RGBl. Nr. 152 S. 1383) vom Reichsgericht[123] gegebenen Auslegung weder eine vorherige Aufhebung der früheren polizeilichen Verfügung vor der Geltendmachung des Ersatzanspruchs vor den Zivilgerichten erforderlich ist, noch auch eine Vorentscheidung der obersten Verwaltungsgerichtshöfe der Länder über die Frage zulässig ist,[124] ob ein öffentlicher Beamter im Falle der unmittelbaren Staats- oder Verbandshaftung sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat. Für Bayern sind diese Fälle der unmittelbaren Staats- bezw. Verbandshaftung, in welchen die Klage nicht gegen den Beamten, sondern gegen seinen Ansteller (Staat, Gemeinde usw.) zu richten ist, nach Abs. 2—4 des Art. 7 Verwaltungsgerichtsgesetzes in ihrer Fassung nach der Novelle vom 7. III. 1924 (G. V. Bl. S. 65) dann gegeben, wenn der Staat nach Art. 60 Abs. 1 des bayer. Ausführungsgesetzes zum B. G. B. v. 9. VI. 1899 um des willen der richtige Beklagte ist, weil der Schaden auf eine Handlung oder Unterlassung des Beamten zurückgeführt wird, durch die der Beamte in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt seine Amtspflicht verletzt hat. Eine Vorabentscheidung ist somit nur mehr in den wenigen mit Art. 131 R. V. vereinbaren Fällen[125] des Art. 60 Abs. 2 des bayer. A. G. z. B. G. B. zulässig, also Haftung des Beamten gegenüber einem Ausländer, dem in Ermangelung des vom Gesetz geforderten Mindestgrades der Gegenseitigkeit vom Staat oder Verbande die Entschädigung verweigert wird, sowie bei Amtspflichtverletzungen aus Veranlassung, d. h. bei Gelegenheit der Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt und schließlich im Falle des Rückgriffs des Staates oder Verbandes gegen den Beamten, wenn der Staat oder der Verband in Fällen des Art. 60 Abs. 1 A. G. z. B. G. B. den für liquid erachteten Anspruch des Verletzten ohne zivilrichterliches

---

den Bestimmung in § 3 des Notgesetzes kann keine Schlußfolgerung auf eine solche gezogen werden.

[123] R. G. Z. Bd. 102 S. 168, 393, Bd. 103 S. 430, Bd. 106 S. 34, Bd. 107 S. 62.

[124] Da nach der Anschauung des R. G. der § 131 R. V. unmittelbar anwendbares Recht darstellt und damit die auf Grund § 11 Abs. 2 E. G. z. G. V. G. erlassenen, den Rechtsweg beschränkenden Bestimmungen als aufgehoben gelten müssen.

[125] Fälle der unmittelbaren Beamtenhaftung.

Urteil befriedigt hat. Der weiter noch einschlägige Fall des Art. 7 Abs. 2 S. 3 bayer. V. G. G. bedarf hier keiner weiteren Erwähnung, da er für den § 3 des Notgesetzes kaum in Frage kommen kann.

§ 7.
Strafrechtliche Bestimmungen.

Um seinen Vorschriften besseren Nachdruck zu verleihen, hat der Gesetzgeber die Uebertretung der von ihm bei Ausübung verschiedener Gewerbszweige aufgestellten Normen auch mit Strafen krimineller Natur bedroht und zwar für das Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe bis zum Inkrafttreten des Notgesetzes in § 147 Zff. 1 Gew.-O. Die nunmehr materiell an Stelle dieser Vorschrift getretene wesentlich verschärfte Bestimmung des § 4 Notges. bestimmt folgendes:

„Wer vorsätzlich entgegen den Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung den selbständigen Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft oder den Kleinhandel mit Spiritus ohne Erlaubnis ausübt, oder von den in der Erlaubnis festgesetzten Bedingungen abweicht, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten und mit Geldstrafe bis zu einer Million Mark oder mit einer dieser Strafen bedroht.

Ebenso wird bestraft, wer den auf Grund des § 2 (Notges.) erlassenen Vorschriften vorsätzlich zuwiderhandelt.

Bei Fahrlässigkeit tritt Geldstrafe bis zu 100 000 Mark ein."

Zunächst ist bezüglich des Strafmaßes zu bemerken, daß das Höchstmaß der Geldstrafe nach der V. O. über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. II. 1924 (RGBl. [S. 44]) jetzt sowohl im Falle des Abs. 1 wie des Abs. 3 10 000 Reichsmark beträgt. Was die Mindestgrenze betrifft, so beträgt dieselbe, da die Straftat des § 4 Notges. nach der Strafdrohung ein Vergehen ist (s. §§ 27—29 RStrGB. in der Fassung der V. O. v. 6. II. 1924) drei Reichsmark und zwar auch im Falle der Fahrlässigkeit des Abs. 3 a. a. O.

Bezüglich der Anwendung des § 4 Notges. spricht die Begründung hiezu die Erwartung aus, daß die Gerichte nicht davor zurückschrecken werden, ernste vorsätzliche Zuwiderhandlungen, insbesondere aus Eigennutz, mit den empfindlichsten Geldstrafen oder, soweit zulässig, mit Gefängnis zu ahnden. Am häufigsten mag wohl die Uebertretung der Polizeistunde, die der in § 4 Abs. 2 in Bezug genommene § 2 des Notgesetzes zum Gegenstand hat, Veranlassung zur Anwendung dieser Strafbestimmungen geben. Da die Vorschriften in § 4 Abs. 2 und 3 schwerere Strafen androhen als bisher § 365

RStrGB., so sind, wenn von den Ländern nähere Normen gemäß § 2 Notges. erlassen wurden, nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen (§ 73 RStrGB.) die Bestimmungen des § 4 Abs. 2 und 3 Notges. im Falle der Zuwiderhandlung anzuwenden. Für Bayern hat dies die bayer. Min. Bek. des Staatsministeriums der Justiz v. 23. IV. 1923 Nr. 18 253, die Polizeistunde betreffend noch ausdrücklich ausgesprochen und den Staatsanwaltschaften dahingehende Weisung erteilt.[126] Insoweit und insolange jedoch von den einzelnen Ländern auf Grund des § 2 Notges. nähere Bestimmungen nicht getroffen wurden, gilt § 365 RStrGB. noch weiter. Da, wie oben bereits erwähnt, die von den obersten Landesbehörden gemäß § 2 Notges. zu treffenden Anordnungen sich auch gegen die Gäste richten können, die Verfehlungen der letzteren jedoch meist derartig gering sind, daß erhebliche Bedenken bestehen würden, diese Zuwiderhandlungen als Vergehen zu bestrafen, so erscheint es wohl angezeigt, dieselben auch weiterhin gemäß § 365 Abs. 1 RStrGB. als besondere Uebertretungen zu behandeln. Auf dieser Erwägung mag es auch beruhen, weshalb § 2 des Notgesetzes von den Ländern auf Gäste noch nicht ausgedehnt wurde, so daß § 365, der sich nicht nur auf Gast- und Schankwirtschaften, sondern auch auf öffentliche Vergnügungsstätten bezieht, insoweit noch Bedeutung hat.

Hinsichtlich des Verhältnisses von § 4 des Notgesetzes zu § 147 Zff. 1 Gew.-O. ist des näheren zu bemerken, daß die erstere Bestimmung, anders als die ganz unzweideutig eine Aenderung bezw. Ergänzung des § 33 Gew.-O. aussprechende Vorschrift des § 1 Notges. nicht in die Gew.-O. eingefügt wurde, obwohl dies an sich möglich gewesen wäre, so daß § 147 Zff. 1 Gew.-O. formell unberührt geblieben ist. § 4 des Notgesetzes steht daher selbständig neben der Gew.-O. und zwar derart, daß, sofern die besonderen Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind, die Anwendung des allgemeinen § 147 Zff. 1 Gew.-O. gemäß dem Grundsatz der Gesetzeskonkurrenz entfällt[127] (§ 73 RStrGB.). Mit dieser Tatsache, daß § 4 Notges. nicht Bestandteil der Gew.-O., insbesondere nicht des 10. Titels derselben wurde, hängt auch zusammen, daß für die Verjährung der nach § 4 zu beurteilenden Vergehen nicht die dreimonatige Verjährungsfrist des § 145 Abs. 2 Gew.-O. in Betracht zu kommen hat, sondern die allgemein für Vergehen, die mit einer längeren als dreimonatlichen Gefängnisstrafe bedroht sind,

[126] Für Preußen s. insbesondere d. V. O. d. preuß. Min. d. Innern f. Handel und Gewerbe und f. Volksw. v. 20. VI. 1923. Buchst. A, I,3.

[127] Lex specialis derogat generali.

geltende Verjährung von 5 Jahren nach § 67 RStrGB. Dieser Standpunkt entspricht auch dem vom Notgesetz verfolgten Zweck, die Vorschriften über den Verkehr mit geistigen Getränken in verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Beziehung zu verschärfen.[128] Da es sich hier ferner um ein sog. Dauerdelikt handelt, so beginnt die Verjährung erst von dem Tage des Aufhörens des gesetzwidrigen Zustandes an.

§ 8.
Bestimmungen zum Schutze gewisser Kategorien von Personen beim Besuch von Gast- und Schankstätten.

In der durch die allgemeine Erfahrung, insbesondere die Kriminalistik der Jugendlichen bestätigten Erkenntnis, daß allzufrüher Wirtshausbesuch und der dabei häufig aus Prahlerei und Unverstand über das Maß getätigte Alkoholgenuß auf den noch in der Entwicklung begriffenen jugendlichen Geist und Körper recht verderbliche Wirkungen zur Folge habe, hat sich der Gesetzgeber im Notgesetz erstmals veranlaßt gesehen, in Ergänzung der privaten Erziehungstätigkeit unter Strafe gestellte Vorschriften zum Schutze der heranwachsenden Jugend zu erlassen. Der hier einschlägige § 5 Zff. 1 und 2 des Notgesetzes, der zwar aus ethischen und volkshygienischen Gründen nur begrüßt werden kann, hat in seiner praktischen Durchführung das Gastwirtschafts- und Schankgewerbe insofern nicht unerheblich belastet, als es den Inhabern dieser Betriebe nunmehr die höchst unangenehme Pflicht auferlegt, sich stets über das Alter ihrer Kunden zu vergewissern. Es ist nämlich nach der erwähnten Bestimmung verboten:

1. Das Verabfolgen oder Ausschenken von Branntwein und das Verabfolgen branntweinhaltiger Genußmittel im Betriebe einer Gast- oder Schankwirtschaft oder im Kleinhandel an Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

2. Das Verabfolgen oder Ausschenken anderer geistiger Getränke und das Verabfolgen nikotinhaltiger Tabakwaren im Betriebe einer Gastwirtschaft oder im Kleinhandel an Personen, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, zu eigenem Genuß in Abwesenheit des zu ihrer Erziehung Berechtigten oder seines Vertreters.

[128] s. Entsch. d. preuß. Kammerger. v. 21. VII. 1925 und 7. VII. 1925 (Gew. Archiv Bd. 23 S. 408 und 523).

Damit ist also das Ausschenken d. h. die Verleitgabe zum Genuß auf der Stelle und das Verabfolgen d. h. die sonstige Verleitgabe von Branntwein wegen seiner besonderen Schädlichkeit an Jugendliche bis zu 18 Jahren grundsätzlich, d. h. auch in Anwesenheit des Erziehungsberechtigten oder seines Stellvertreters verboten. Es macht daher im Falle des § 5 Zff. 1 keinen Unterschied, ob der Jugendliche unter 18 Jahren den Branntwein für sich oder andere, z. B. seine Eltern holen will. Dagegen ist das Ausschenken und Verabfolgen anderer als in Zff. 1 genannter geistiger Getränke, also insbesondere Bier und Wein nur an Personen unter 16 Jahren verboten und zwar auch nur dann, wenn ein Erziehungsberechtigter (oder dessen Stellvertreter) nicht anwesend ist; denn die Worte „in Abwesenheit des zur Erziehung Berechtigten oder seines Stellvertreters" gehören zu den Worten „eigenen Genuß". Wollte man nicht diese Beziehung der Worte zulassen, so müßte verlangt werden, daß an noch nicht 16jährige im Kleinhandel überhaupt keine geistigen Getränke oder Tabakwaren verabfolgt werden dürfen, wenn sie sich nicht in Begleitung des Erziehungsberechtigten befinden. Eine derartige Forderung, die auch nach der im Verkehr üblichen Sitte und Gewohnheit sich nicht durchführen ließe, war vom Gesetzgeber auch sicher nicht gewollt. Nur beim Ausschank zum Genuß auf der Stelle ist es angängig, vom Gastwirt zu verlangen, daß er den im Gesetz aufgestellten Pflichten nachkommt.

Eine nicht nur für die Jugendlichen, sondern allgemein, also auch für Erwachsene gültige Vorschrift enthält die Zff. 3 des § 5 Notges., die dem Wirt das Verabfolgen oder Ausschänken geistiger Getränke im Betriebe seiner Gast- oder Schankwirtschaft oder im Kleinhandel an Betrunkene ebenfalls unter der in Abs. 2 bezw. 3 a. a. O. statuierten Strafdrohung verbietet. Die Beachtung dieser Vorschriften, die gleichzeitig als Zwangsmittel zur Erziehung in der Mäßigkeit zum Nutzen der Familie und der Allgemeinheit überaus wertvoll sind, dürfte wohl am besten den Charakter und sittlichen Wert des Inhabers einer Gast- oder Schankstätte zu kennzeichnen geeignet sein. Da § 5 des Notgesetzes den Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft abschließend regelt, so könnte einem von einer Landesbehörde erlassenen und die gleiche Materie betreffenden Verbote keine Gültigkeit zukommen,[129] entsprechend dem für die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Reiches (s. Art. 7 Zff. 6 Reichsverfassung) geltenden Grundsatz, daß die Zuständigkeit der

[129] s. Entsch. des preuß. Kammerger. v. 29. X. 1926 (Deutsches Gew. Archiv Bd. 24 S. 364).

Länder zur gesetzlichen Regelung der in Art. 7—11 Reichsverf. aufgeführten Angelegenheiten nur besteht, insoweit und insolange das Reich von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht. (Art. 12 Abs. 1 Reichsverf.)

§ 9.
Schluß.

Die vorliegenden Darlegungen lassen erkennen, welch buntes Mosaik die das Gast- u. Schankwirtschaftsgewerbe regelnden Vorschriften bilden. Insofern ist daher dem neuen Entwurf eines Schankstättengesetzes v. 13. VII. 1928 beizupflichten, als er sich u. a. auch zur Aufgabe macht, auf den derzeitigen gesetzlichen Zustand dadurch etwas klärend einzuwirken, daß er unter ausdrücklicher Beseitigung einiger wichtiger Streitfragen eine abschließende gesetzliche Gesamtregelung der hier in Frage stehenden Gewerbe bringen will und zu diesem Zweck mehrere ältere, durch ihn überflüssig werdende Bestimmungen aus gesetzestechnischen Gründen aufheben will. Ob dem neuen Entwurf allerdings auch inhaltlich in allen Punkten bezüglich der von ihm erstrebten Neuerungen beigepflichtet werden kann, darüber zu urteilen ginge insofern, als dies eine Frage der allgemeinen Gewerbepolitik ist, über den Rahmen unserer Arbeit hinaus, die daher auch je nach den zu vertretenden verschiedenen Standesinteressen und Weltanschauungen eine verschiedene Beantwortung erfahren müßte. Nur hinsichtlich der in § 24 des Entwurfs erfolgten Regelung[130] der Realgewerbeberechtigungen möchten wir ganz objektiv dahin Stellung nehmen, daß die hier getroffene Reform einen Eingriff in Vermögensrechte von Personen vornimmt, für den unseres Erachtens durchaus kein zwingender Grund besteht. Es ist die in der Begründung zu § 24 des Entwurfs ausgesprochene Behauptung, daß für eine derartige Sonderbehandlung, die das öffentliche Wohl in wichtigen Beziehungen hinter Einzelinteressen zurücktreten lasse, jede innere Rechtfertigung fehle, durchaus nicht richtig. Von einer Benachteiligung des öffentlichen Wohls auf

[130] Die Gast- und Schankwirtschaftsrealrechte, bei welchen nach der herrschenden Anschauung die Prüfung des Bedürfnisses sowie die Lage des Lokals (nicht dagegen seine Beschaffenheit) und damit einige der wichtigsten Vorbedingungen für die Erteilung der Erlaubnis ausgeschlossen wird, sollen nämlich dann entschädigungslos beseitigt werden können, wenn die Gast- oder Schankwirtschaft binnen der der Stellung des Antrags vorhergehenden drei Jahre nicht betrieben worden ist.

Kosten von Privatinteressen kann hier nicht die Rede sein, da in keiner Weise nachgewiesen ist, daß aus der bisher bei Realrechten n i c h t erfolgten Ueberprüfung des Bedürfnisses und der Lage des Lokals eine Schädigung der Allgemeinheit entstanden wäre. Die beabsichtigten Neuerungen würden ferner die bisher für die Realrechte bereits bestehende Kompliziertheit der Regelung noch unübersichtlicher machen. Auch erscheint es höchst befremdend, wenn eine derartige Modifizierung lediglich bei einem einzelnen Gewerbe und dazu noch ohne jeden Anspruch auf Entschädigung vorgenommen werden soll, während bei den übrigen (z. B. Brauerei-, Metzgerei-, Bäckerei-, Kaminkehrerrealrechten usw.) der althergebrachte Zustand aufrecht erhalten bleiben soll; denn „was dem einen Berufsstande billig ist, ist dem anderen recht!" Entweder eine allgemeine Neuregelung (analog § 10 Abs. 2 Gew.-O.), oder aber den bisherigen Zustand! Möge der Gesetzgeber, der ja neuerdings sehr stark die staatlichen Machtbefugnisse in der Richtung eines möglichst großen Einflusses auf die Privatwirtschaft zu stärken sucht, hier bei der endgültigen Beratung über den Entwurf Vernunft walten lassen und diesem Berufe, der ohnehin nicht auf Rosen gebettet ist, eine weitere Beschränkung seiner jetzt schon äußerst stark reduzierten Gewerbe„freiheit" erspart bleiben!